



ÚOHSX00AK796

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0369/2017/VZ-32816/2017/533/BKu

Brno: 7. listopadu 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v řízení o přestupku zahájeném dne 13. 9. 2017 z moci úřední, jehož účastníkem je

- obviněný – Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 10 Praha 1,

ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, obviněným při zadávání veřejné zakázky „Technická podpora produktů Oracle“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 21. 5. 2013, jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 1. 7. 2013 pod ev. číslem 358764, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 7. 2013 pod ev. číslem 2013/S 127-218810,

rozhodl takto:

I.

Obviněný – Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 10 Praha 1 – **se dopustil přestupku** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Technická podpora produktů Oracle“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 21. 5. 2013, jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 1. 7. 2013 pod ev. číslem 358764, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 7. 2013 pod ev. číslem 2013/S 127-218810, porušil ustanovení § 21 odst. 2 citovaného zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních

práv v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona, neboť neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů, či z důvodu ochrany výhradních práv realizovat pouze vybraný uchazeč – Oracle Czech s.r.o., IČO 61498483, se sídlem U Trezorky 921/2, Jinonice, 158 00 Praha 5 – a jmenovaný obviněný mohl předmětnou veřejnou zakázku zadat prostřednictvím jiného druhu zadávacího řízení umožňující soutěž dodavatelů, přičemž tento postup obviněného mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 14. 6. 2013 se jmenovaným vybraným uchazečem „Smlouvu o poskytování technické podpory produktů Oracle 2013-2014“.

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí **se** obviněnému – Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 10 Praha 1 – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá**

pokuta ve výši 121 000 Kč (sto dvacet jedna tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Obviněný – Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 10 Praha 1 (dále jen „obviněný“ nebo též „zadavatel“) – zahájil výzvou k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 21. 5. 2013 (dále jen „Výzva“) s odkazem na ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zadávací řízení na veřejnou zakázku „Technická podpora produktů Oracle“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V čl. I. „Informace o předmětu veřejné zakázky“ Výzvy je uvedeno, že *„Předmětem plnění veřejné zakázky je poskytování technické podpory Software Update License & Support v časově omezeném období produktů Oracle 2013-2014.“*
3. Dne 14. 6. 2013 uzavřel obviněný s vybraným uchazečem – společností Oracle Czech s.r.o., IČO 61498483, se sídlem U Trezorky 921/2, Jinonice, 158 00 Praha 5 (v době zadávání veřejné zakázky se sídlem V Parku 2308/8, 148 00 Praha 4), (dále jen „společnost Oracle Czech s.r.o.“ nebo též „vybraný uchazeč“) na plnění veřejné zakázky smlouvu č. 3302/054/2013 nazvanou „Smlouva o poskytování technické podpory produktů Oracle 2013-2014“ (dále jen „smlouva na veřejnou zakázku“).
4. Oznámení o zadání veřejné zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 1. 7. 2013 pod ev. číslem 358764, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 7. 2013 pod ev. číslem 2013/S 127-218810.

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU

5. V rámci šetření předcházejícího zahájení předmětného řízení o přestupku doručila Úřadu společnost Oracle Czech s.r.o. dne 19. 7. 2017 v reakci na žádost Úřadu o sdělení své vyjádření z téhož dne, v němž mj. uvádí, že „(...) v červnu 2013 Oracle Czech s.r.o. byla – s přihlédnutím k výše uvedenému vysvětlení – jedinou společností, která měla všeobecnou autorizaci pro distribuci obnov služeb technické podpory Oracle, jakož i pro poskytování těchto služeb koncovým uživatelům na území České republiky.“.
6. Na základě materiálů zaslaných obviněným a vlastního šetření získal Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona k dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, pochybnosti o zákonnosti postupu obviněného při zadávání šetřené veřejné zakázky, a to zda se obviněný nedopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že porušil ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, přičemž takový postup mohl mít podstatný vliv na výběr nejhodnější nabídky a obviněný uzavřel smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku.
7. Z uvedeného důvodu zahájil Úřad z moci úřední řízení o přestupku ve věci podezření ze spáchání přestupku obviněným podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

III. PRŮBĚH ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU

8. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel (obviněný).
9. Zahájení řízení o přestupku oznámil Úřad obviněnému dopisem č. j. ÚOHS-S0369/2017/VZ-26549/2017/533/BKu ze dne 13. 9. 2017, v němž seznámil obviněného se skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí, a uvedl popis skutku, o kterém má být v řízení rozhodováno, a jeho předběžnou právní kvalifikaci.
10. Shora citované oznámení o zahájení řízení o přestupku bylo obviněnému doručeno dne 13. 9. 2017 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona, v návaznosti na § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“), zahájeno řízení o přestupku z moci úřední.
11. Usnesením č. j. ÚOHS-S0369/2017/VZ-27137/2017/533/BKu ze dne 18. 9. 2017 určil Úřad obviněnému lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
12. Dopisem č. j. ÚOHS-S0369/2017/VZ-27852/2017/533/BKu ze dne 26. 9. 2017 požádal Úřad společnost Oracle Czech s.r.o. o sdělení, zda je v rámci služby technické podpory produktů Oracle stupně Software Update License & Support možné uplatňovat obchodní model, kdy třetí strana (přeprodejce) tuto službu technické podpory produktů Oracle koncovému zákazníkovi přeprodává, resp. službu zajišťuje společnost Oracle Czech s.r.o., ale koncovému zákazníkovi je nabízena přeprodejcem a tento si může sjednat vlastní cenové podmínky vůči koncovému zákazníkovi.
13. Dopisem č. j. ÚOHS-S0369/2017/VZ-28675/2017/533/BKu ze dne 4. 10. 2017 požádal Úřad společnost Oracle Czech s.r.o. o sdělení, zda bylo v období před zahájením zadávacího řízení na veřejnou zakázku ze strany společnosti Oracle Czech s.r.o. možné poskytnout společnosti,

kteřá by o to požádala, autorizaci k přeprodeji služby technické podpory stupně Software Update License & Support ve vztahu k produktům Oracle specifikovaným v tabulce uvedené v čl. I. „Přesná specifikace veřejné zakázky“ Výzvy (viz odstavec 51 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

14. Usnesením č. j. ÚOHS-S0369/2017/VZ-30314/2017/533/BKu ze dne 18. 10. 2017 určil Úřad obviněnému lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
15. Usnesením č. j. ÚOHS-S0369/2017/VZ-31266/2017/533/BKu ze dne 25. 10. 2017 prodloužil Úřad obviněnému na základě jeho žádosti ze dne 24. 10. 2017 (viz odstavec 27 odůvodnění tohoto rozhodnutí) lhůtu určenou usnesením č. j. ÚOHS-S0369/2017/VZ-30314/2017/533/BKu ze dne 18. 10. 2017, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření obviněného ze dne 25. 9. 2017

16. Dne 25. 9. 2017 obdržel Úřad vyjádření obviněného z téhož dne. Obviněný ve svém vyjádření uvádí, že postup Úřadu v rámci zahájení řízení o přestupku ve věci předmětné veřejné zakázky je nezákonný, neboť řízení o přestupku bylo dle obviněného zahájeno na základě podnětu, avšak poplatek ve výši 10 000 Kč, který je dle § 259 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), Úřad povinen za podání podnětu vybrat, zaplacen nebyl, nicméně Úřad se podaným podnětem i přesto zabýval, přičemž dle § 259 odst. 4 ZZVZ platí, že nebyl-li s podáním podnětu poplatek ve lhůtě dle odst. 3 citovaného ustanovení ZZVZ zaplacen, podnět se nevyřizuje. Obviněný v této souvislosti poukazuje na informační sdělení uveřejněné na internetových stránkách Úřadu a rovněž na rozhovor s předsedou Úřadu uveřejněný na internetových stránkách Českého rozhlasu, ve kterém dle obviněného předseda Úřadu mj. uvádí, že podněty, s nimiž nebyl složen uvedený poplatek, se Úřad nezabývá. Pokud by se Úřad i přes výše uvedené rozhodl v řízení o přestupku pokračovat, navrhuje obviněný ustanovit znalce, který by posoudil otázku, zda byly z věcného pohledu podmínky k použití jednacního řízení bez uveřejnění v případě veřejné zakázky splněny či nikoliv. Dle obviněného se přitom jedná o důkaz, který je potřebný ke zjištění stavu věci ve smyslu § 52 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“). Obviněný rovněž v této souvislosti odkazuje na správní řízení vedené Úřadem ve věci sp. zn. S0453,S0658/2016/VZ, v němž Úřad v obdobné věci znalce ustanovil s konstatováním, že rozhodnutí v dané věci závisí na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí, jimiž úřední osoby nedisponují.
17. Dále ve svém vyjádření obviněný uvádí, že produkty Oracle jsou na Ministerstvu financí zakomponovány v několika informačních systémech, jako např. Informační systém ZBAPA (Zajištění bezpečného automatizovaného přístupu k aplikacím), Informační systém o platu a služebním příjmu - ISPSP, Informační systém Registr oznámení, Informační systém pro podporu práce Exekutorské komory, DMS systém s podporou Extranetu EU a podporou pro agendu Norsko a univerzální prostředí Apex, přičemž obviněný uvádí, že vývoj a technickou podporu těchto informačních systémů je schopen zajistit jakýmkoliv dodavatelem na základě otevřené soutěže. Dále obviněný uvádí, že v uvedených informačních systémech jsou zakomponovány rovněž takové softwarové produkty Oracle, k nimž je nutno mj. z důvodu zajištění funkčnosti a bezpečnosti informačních systémů, zejm. vyhnoutí se riziku jejich napadení hackerskými útoky, pořizovat služby technické

podpory, jež jsou předmětem šetřené veřejné zakázky. Veřejná zakázka byla dle vyjádření obviněného zadána v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť z technických důvodů a z důvodů ochrany výhradních práv mohla být splněna pouze dodavatelem Oracle Czech s.r.o.

18. Ve svém vyjádření odkazuje obviněný na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 18/2015-32 ze dne 25. 11. 2015, v němž je k problematice jednacím řízení bez uveřejnění uvedeno, že „(...) veřejná zakázka může být na základě stanovených důvodů splněna pouze jediným dodavatelem, který disponuje určitými vlastnostmi, kterými nedisponuje žádný jiný dodavatel. Musí tedy být dána prokazatelná objektivní nemožnost ostatních dodavatelů poskytnout zadavateli jím požadované plnění a pro zadavatele tedy neexistuje jiné řešení než veřejnou zakázku zadat pouze jednomu konkrétnímu dodavateli (...). Podmínkou postupu dle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ je skutečnost, že existuje pouze jeden dodavatel, který je schopen veřejnou zakázku splnit. Citované ustanovení tedy vychází z předpokladu, že předmět veřejné zakázky je natolik specifický, že může být realizován pouze jedním dodavatelem, a to právě (jak je o tom veden spor v projednávané věci) z technických důvodů, respektive z důvodu ochrany výhradních práv.“. Dále obviněný poukazuje na výklad podmínek použití jednacím řízení bez uveřejnění v právu Evropské unie, který je obsažen především v článku 50 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU.
19. Obviněný dále uvádí, že společnost Oracle Czech s.r.o. je dle svého vyjádření ze dne 26. 3. 2013 na území České republiky jediným autorizovaným poskytovatelem a dodavatelem služeb technické podpory pro kompletní portfolio produktů společnosti Oracle Corporation, se sídlem USA, California, 500, Oracle Parkway, Redwood Shores, CA 94065 (dále jen „Oracle Corporation“). Omezení hospodářské soutěže je tak dle obviněného v šetřeném případě způsobeno obchodní politikou společnosti Oracle Corporation, která v dané době neumožňovala poskytovat k určitým svým produktům technickou podporu jinými společnostmi ani jejich prostřednictvím.
20. Obviněný odkazuje příkladmo na obchodní politiku společnosti Microsoft Corporation a uvádí, že rovněž v případě této společnosti není žádná jiná společnost oprávněna např. vytvořit novější verzi platformy Windows, opravovat její systémové chyby či vytvářet a poskytovat její update. U obdobných produktů lze dle obviněného pořizovat licence a služby podpory odděleně, přičemž se jedná o standardní postup. Podpora licencí je dle názoru obviněného prakticky vždy pořizována na kratší dobu, než je délka trvání samotné licence, která se pořizuje na časově neomezené období. Stejně tak tomu dle obviněného je u zmíněné platformy Windows, a rovněž v případě poskytování technické podpory pro platformu Oracle.
21. Obviněný ve svém vyjádření uvádí, že v šetřeném případě byly podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění objektivní a zcela nezávislé na vůli obviněného, neboť existoval jediný dodavatel, který byl fakticky schopen předmět veřejné zakázky realizovat, a to společnost Oracle Czech s.r.o., která je dle svého vyjádření jediným zástupcem společnosti Oracle Corporation na území České republiky a autorizovaným poskytovatelem práv duševního vlastnictví k softwarovým produktům Oracle Corporation a poskytovatelem služeb technické podpory Software Update License & Support k softwarovým produktům společnosti Oracle Corporation na území České republiky. Obviněný uvádí, že z těchto objektivních a na jeho vůli nezávislých důvodů, které jsou dány obchodní politikou společnosti Oracle Corporation, neměl obviněný v době zadávání veřejné

zakázky k dispozici jiné rozumné alternativy, kterými by své potřeby technické podpory produktů společnosti Oracle Corporation zajistil v otevřenějším druhu zadávacího řízení. Obviněný uvádí, že omezení hospodářské soutěže je způsobeno obchodní politikou společnosti Oracle Corporation, která v dané době neumožňovala poskytovat k určitým svým produktům podporu jinými obchodními společnostmi ani jejich prostřednictvím. Obviněný dle svých slov přistupoval k použití jednacím řízení bez uveřejnění maximálně zodpovědně a posoudil existenci důvodů, které ho vedly k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, což prokazuje předloženým prohlášením společnosti Oracle Czech s.r.o. ze dne 26. 3. 2013 (viz odstavec 55 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

22. Obviněný dále odkazuje na jiné veřejné zakázky s obdobným předmětem plnění, jež byly jinými veřejnými zadavateli zadány společnosti Oracle Czech s.r.o. v jednacím řízení bez uveřejnění. Uvedené informace jsou dle obviněného dohledatelné ve Věstníku veřejných zakázek, přičemž obviněný poukazuje zejména na písemné zprávy těchto zadavatelů, z nichž dle obviněného vyplývá, že jednacím řízení bez uveřejnění bylo v těchto případech použito z důvodu nemožnosti poskytnout plnění jinými dodavateli. Dle názoru obviněného dokresluje tato zkušenost jiných zadavatelů nemožnost uspokojit v době zadávání veřejné zakázky potřebu v otevřeném zadávacím řízení.
23. Obviněný uvádí, že mu není zřejmé v návaznosti na oznámení o zahájení řízení o přestupku ze dne 13. 9. 2017, v němž Úřad uvedl, že: *„Úřad současně v šetřené věci poukazuje na skutečnost, že na základě vlastního šetření z veřejně dostupných zdrojů (viz <https://vestnikverejnychzakazek.cz/>) zjistil, že obdobný předmět plnění, který obviněný požaduje v rámci předmětné veřejné zakázky, tzn. poskytování služby technické podpory Software Update License & Support, je běžně zadavateli poptáván v otevřenějších typech zadávacích řízení, tj. nikoli v jednacím řízení bez uveřejnění.“*, jakým způsobem Úřad vykládá pojem „běžně zadavateli poptáván“, a zda Úřad provedl rovněž posouzení obdobnosti předmětu plnění. Z Věstníku veřejných zakázek dle svých slov obviněný zjistil, že jednacím řízení bez uveřejnění bylo pro zadání veřejné zakázky s obdobným předmětem plnění použito minimálně v 60 případech.
24. Obviněný dále uvádí, že *„v České republice je v současné době, na rozdíl od tehdejší doby, již 168 partnerů Oracle.“* Dle obviněného jsou partneři uvedení v katalogu řešení Oracle PartnerNetwork (OPN) součástí programu Oracle PartnerNetwork, nicméně společnost Oracle Corporation neschvaluje žádného z těchto partnerů nebo jejich software a odmítá odpovědnost vyplývající z používání katalogu řešení Oracle PartnerNetwork.

Vyjádření společnosti Oracle Czech s.r.o. ze dne 27. 9. 2017

25. Dne 2. 10. 2017 obdržel Úřad vyjádření společnosti Oracle Czech s.r.o. ze dne 27. 9. 2017, v němž společnost Oracle Czech s.r.o. v reakci na žádost Úřadu o sdělení informace (viz odstavec 12 odůvodnění tohoto rozhodnutí) uvádí, že Úřadem nastíněný přeprdejní model je na území České republiky běžně používán, ovšem za předpokladu, že společnost Oracle Czech s.r.o. konkrétní společnost k takovému přeprdeji autorizuje. Dle vyjádření společnosti Oracle Czech s.r.o. se proto může stát, že pro přeprdej podpory specifické licence nebyla na území České republiky v určitém období autorizována žádná společnost, tedy že podporu pro takový druh licence mohla poskytnout pouze společnost Oracle Czech s.r.o.

Vyjádření společnosti Oracle Czech s.r.o. ze dne 6. 10. 2017

26. Dne 9. 10. 2017 obdržel Úřad vyjádření společnosti Oracle Czech s.r.o. ze dne 6. 10. 2017, v němž společnost Oracle Czech s.r.o. v reakci na žádost Úřadu o sdělení informace (viz odstavec 13 odůvodnění tohoto rozhodnutí) uvádí, že „(...) v období před 21. 5. 2013 bylo možné poskytnout společnosti, která by o to požádala autorizaci, nicméně v té době žádná společnost o autorizaci k přeprodeji podpory pro Ministerstvo Financí nepožádala.“.

Přípis obviněného ze dne 24. 10. 2017

27. Dne 24. 10. 2017 obdržel Úřad od obviněného přípis z téhož dne, jehož obsahem byla žádost o prodloužení lhůty určené usnesením Úřadu č. j. ÚOHS-S0369/2017/VZ-30314/2017/533/BKu ze dne 18. 10. 2017, ve které se mohl obviněný vyjádřit k podkladům rozhodnutí, a to do dne 30. 10. 2017. Žádost o prodloužení výše uvedené lhůty obviněný zdůvodňuje tím, že do správního spisu vedeného v předmětné věci bude nahlížet dne 25. 10. 2017, tj. dne, kdy mu končí lhůta určená shora citovaným usnesením pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí, přičemž součástí správního spisu jsou nové podstatné skutečnosti, se kterými se obviněný potřebuje seznámit.

Vyjádření obviněného k podkladům rozhodnutí ze dne 25. 10. 2017

28. Dne 30. 10. 2017 obdržel Úřad od obviněného vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 25. 10. 2017, v němž obviněný obdobně jako ve svém vyjádření ze dne 25. 9. 2017 poukazuje na pochybnosti o zákonnosti postupu Úřadu související se zahájením řízení o přestupku v šetřené věci. Dle obviněného je zřejmé, že Úřad získal pochybnosti o zákonnosti postupu obviněného při zadávání veřejné zakázky na základě podnětu, což dle obviněného vyplývá např. z oznámení o zahájení řízení o přestupku č. j. ÚOHS-S0369/2017/VZ-26549/2017/533/BKu ze dne 13. září 2017, v němž Úřad uvádí, že „Úřad získal pochybnosti o zákonnosti postupu obviněného při zadávání výše uvedené veřejné zakázky(...)“, či z výzvy Úřadu č. j. ÚOHS-P0141/2017/VZ-07604/2017/551/OPa ze dne 1. března 2017, v níž Úřad uvádí, že »Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (...) obdržel podnět s žádostí o prověření postupu zadavatele (...) ve věci níže uvedených veřejných zakázek zadávaných v jednacím řízení bez uveřejnění podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, a to (...) 3) „Technická podpora produktů Oracle“, jejíž formulář „Oznámení o zadání zakázky“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 1. 7. 2013 pod evidenčním číslem zakázky 358764 (...)«. Obviněný upozorňuje, že dle § 259 odst. 1 ZZVZ je Úřad povinen za podání podnětu k zahájení správního řízení vybrat od oznamovatele poplatek ve výši 10 000 Kč za každou veřejnou zakázku, ve vztahu k jejímuž zadávání je v podnětu uvedeno pochybení, přičemž podle § 259 odst. 4 ZZVZ platí, že nebyl-li s podáním podnětu poplatek ve lhůtě dle § 259 odst. 3 ZZVZ zaplacen, podnět se nevyřizuje.
29. Obviněný považuje výklad ust. § 259 ZZVZ Úřadem, že vyřízením podnětu se rozumí pouhé informování oznamovatele podle § 42 správního řádu, za nesmyslný a rozporný se zákonem. Účelem § 259 do ZZVZ je dle obviněného redukovat činnost Úřadu v oblasti šetření podnětů a v důsledku toho zvýšit rychlost správních řízení zahájených na návrh, a nikoli snížit množství dopisů, kterými Úřad informuje oznamovatele o tom, zda zahájil správní řízení či nikoliv, neboť takovou informaci může oznamovatel snadno získat postupem dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů.

Obdobně se dle obviněného vyjádřil i předseda Úřadu v rozhovoru, na nějž obviněný dle svých slov již Úřad upozornil, přičemž Úřad tento argument dle obviněného záměrně přehlíží a odmítá se k němu vyjádřit. Obviněný trvá na tom, aby se Úřad v rozhodnutí k obsahu předmětného rozhovoru, na nějž obviněný odkazuje, přezkoumatelně vyjádřil.

30. Dle obviněného byl tedy Úřad v šetřené věci povinen od oznamovatele vybrat nejpozději k okamžiku podání podnětu poplatek ve výši 10 000 Kč, v opačném případě se tímto podnětem neměl zabývat. Objednatel upozorňuje, že součástí spisu v šetřené věci není jakýkoliv doklad prokazující zaplacení správního poplatku za podání podnětu. Uvedeným postupem došlo dle obviněného ke zkrácení jeho práv, neboť pokud by Úřad postupoval v souladu s § 259 ZZVZ a požadoval po oznamovateli úhradu správního poplatku, nezískal by podklady pro zahájení řízení o přestupku a řízení by tak nebylo vůbec zahájeno. Pokud má Úřad v úmyslu zahájit řízení o přestupku zákonným způsobem, má tak dle obviněného učinit na základě dokumentů, které nově získá bez porušení ZZVZ. Obviněný vyjadřuje pochybnost, že Úřad bude v budoucnu postupovat v obdobných případech totožně, neboť si lze stěží představit, že Úřad bude zahajovat řízení o přestupku na základě tvrzení např. neziskových organizací, které budou Úřad žádat „o prověření postupu zadavatele“, jako tomu bylo v této věci v dokumentu č. j. ÚOHS-P0141/2017/VZ-07604/2017/551/OPa ze dne 1. března 2017.
31. Pokud by navzdory výše uvedenému Úřad nadále v řízení o přestupku pokračoval, navrhuje obviněný ustanovit znalce pro posouzení, zda byly splněny podmínky k použití jednacích řízení bez uveřejnění dle 23 odst. 4 písm. a) zákona. Obviněný je přesvědčen, že se jedná o důkaz, který je potřebný ke zjištění stavu věci ve smyslu § 52 správního řádu a odkazuje na správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-0453,S0658/2016, v němž Úřad ustanovil v obdobné věci znalce s konstatováním, že rozhodnutí v dané věci závisí na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí, kterými úřední osoby nedisponují. Obviněný uvádí, že pokud Úřad dospěje k názoru, že ustanovení znalce není v tomto případě třeba, bude obviněný takový postup vnímat jako možné porušení zásady uvedené v § 2 odst. 4 správního řádu. Obviněný podotýká, že znalec by neměl posuzovat právní otázky, ale technickou možnost realizace předmětu veřejné zakázky jiným dodavatelem v době zadání veřejné zakázky. Skutečnost, zda s ohledem na faktický stav na trhu a na vyjádření společnosti Oracle Czech s.r.o. bylo možné poptávané plnění realizovat jiným způsobem či nahradit jiným plněním, není dle obviněného právní, nýbrž technickou otázkou, k jejímuž posouzení je třeba odborných znalostí, kterými Úřad nepochybně nedisponuje.
32. Dále obviněný uvádí, že Úřad nemůže dovozovat na straně obviněného důkazní břemeno, které není v žádném tuzemském právním předpise výslovně zakotveno. Stejně tak dle obviněného z žádného pramene práva nevyplývá povinnost zadavatele zpracovat si znalecké posudky, které jsou jen zbytečným výdajem z veřejného rozpočtu. Úřad nemůže zadavateli bránit, aby používal jako důkazní prostředek pouze svá vlastní tvrzení a je povinen se vyjádřeními zadavatele věcně zabývat. Dle obviněného je to Úřad, který by měl v řízení o přestupku vést dokazování v rozsahu zásady materiální pravdy zakotvené v § 3 správního řádu. Dále obviněný odkazuje rovněž na ust. § 50 odst. 3 správního řádu, kde se uvádí, že „*Správní orgán je povinen zjistit všechny okolnosti důležité pro ochranu veřejného zájmu. V řízení, v němž má být z moci úřední uložena povinnost, je správní orgán povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena*“. Úřad však v dané věci dle obviněného neprovedl prakticky

žádné dokazování a pouze se protiprávně domáhá, aby důkazy navrhoval a předkládal obviněný, což je v rozporu s principy přestupkového řízení. Obviněný upozorňuje na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 126/2011-68 ze dne 14. 1. 2014, ve kterém se uvádí, že „(...) obviněný z přestupku není povinen se hájit, zejména není povinen uvádět na svou obhajobu jakákoliv tvrzení, ani (anebo) o nich (nebo o jiných skutečnostech) nabízet a předkládat správnímu orgánu důkazy.“. Dále si dle obviněného Úřad, vzhledem k jeho rozhodování v jiných obdobných věcech, pravděpodobně není vědom skutečnosti, že v řízení o přestupku se musí řídit např. i zásadou „in dubio pro reo“.

33. Dále obviněný odkazuje na svá předchozí vyjádření poskytnutá k šetřené veřejné zakázce a shrnuje jejich obsah.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

34. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření a dalších podkladů předložených obviněným, a na základě vlastních zjištění konstatuje, že se obviněný při zadávání veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí, za což mu byla uložena sankce uvedená ve výroku II. tohoto rozhodnutí; veškeré podklady, z nichž při posouzení případu Úřad vycházel, jsou obsaženy ve správním spise vedeném pod sp. zn. S0369/2017/VZ.

Relevantní ustanovení zákona

35. Dle § 2 odst. 1 zákona se za zadavatele veřejné zakázky pro účely tohoto zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.
36. Dle § 2 odst. 2 zákona písm. a) zákona je veřejným zadavatelem Česká republika.
37. Dle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
38. Dle § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 zákona rovněž jednacím řízením s uveřejněním nebo jednacím řízením bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti.
39. Dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.
40. Dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
41. Dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za přestupek uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.

Relevantní ustanovení dalších právních předpisů

42. Dle § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o majetku České republiky“) jsou organizačními složkami státu (dále jen „organizační složka“) ministerstva a jiné správní úřady státu, Ústavní soud, soudy, státní zastupitelství, Nejvyšší kontrolní úřad, Kancelář prezidenta republiky, Úřad vlády České republiky, Kancelář Veřejného ochránce práv, Akademie věd České republiky, Grantová agentura České republiky a jiná zařízení, o kterých to stanoví zvláštní právní předpis anebo tento zákon (§ 51 zákona o majetku České republiky); obdobné postavení jako organizační složka státu má Kancelář Poslanecké sněmovny a Kancelář Senátu.
43. Dle § 7 odst. 1 zákona o majetku České republiky, věty první, za stát právně jedná vedoucí organizační složky, již se toto právní jednání týká, pokud zvláštní právní předpis nebo tento zákon (§ 28 odst. 2 zákona o majetku České republiky) nestanoví jinak.

K postavení obviněného jako zadavatele podle zákona

44. V šetřeném případě se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda je splněn předpoklad stanovený v § 2 odst. 1 zákona, tedy zda je obviněný zadavatelem dle zákona. Ustanovení § 2 odst. 2 zákona taxativně vymezuje čtyři skupiny subjektů, které spadají pod definici „veřejného zadavatele“. Jedním z těchto subjektů je dle § 2 odst. 2 písm. a) zákona Česká republika.
45. Dle § 7 odst. 1 zákona o majetku České republiky, věty první, činí právní úkony jménem státu vedoucí organizační složky, již se tyto právní úkony týkají, pokud zvláštní právní předpis nebo tento zákon (§ 28 odst. 2 citovaného zákona) nestanoví jinak.
46. Z dikce ustanovení § 7 odst. 1 zákona o majetku České republiky tudíž vyplývá, že za Českou republiku, coby veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. a) zákona, jednájí a tedy i veřejné zakázky zadávají, jednotlivé organizační složky státu.
47. Dle § 3 odst. 1 zákona o majetku České republiky jsou organizačními složkami státu, mimo jiné, i ministerstva.
48. Ministerstvo financí je ústředním orgánem státní správy, jehož působnost je vymezena § 4 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů. Ministerstvo financí je tedy organizační složkou státu ve smyslu § 3 odst. 1 zákona o majetku České republiky, přičemž podle § 3 odst. 2 citovaného zákona organizační složka není právnickou osobou a její jednání je při výkonu její působnosti nebo výkonu předmětu činnosti podle zvláštních právních předpisů jednáním státu.
49. S ohledem na shora uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel (obviněný), tj. Ministerstvo financí, jakožto organizační složka státu podle § 3 odst. 1 zákona o majetku České republiky, tedy organizační složka České republiky, je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. a) zákona.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

50. V čl. I. „Informace o předmětu veřejné zakázky“ Výzvy je uvedeno, že „Předmětem plnění veřejné zakázky je poskytování technické podpory Software Update License & Support v časově omezeném období produktů Oracle 2013-2014.“.
51. V čl. I. „Informace o předmětu veřejné zakázky“ odstavci „Přesná specifikace veřejné zakázky“ Výzvy specifikoval zadavatel službu Software Update License & Support jako:
- a) Dodávka nových verzí software.
 - b) Servisní verze pro udržení kroku s vývojem verzí hardwaru a operačního systému.
 - c) Opravy chyb softwaru, opravné kódy.
 - d) Dokumentace k novým verzím software.
 - e) Nepřetržitá elektronická pomoc pro řešení problémů a dotazů Odběratele, 24 hodin denně, 7 dnů v týdnu.
 - f) Přímý elektronický přístup k pracovníkům oddělení Support pro řešení problémů, oznámení závady v produktu, objasnění dokumentace, oznámení požadavku na rozšíření funkčnosti produktu a technickou pomoc pro problémy a dotazy během obvyklé pracovní doby. Služby oddělení Support řeší problémy prokazatelné v aktuálně podporovaných verzích Programů za předpokladu, že tyto Programy nebyly změněny a jsou provozovány na podporované konfiguraci hardwaru a operačního systému.
 - g) Priorita řešení podle pracovního dopadu dodavatel bude pracovat na řešení požadavků Odběratele v souladu s úrovněmi závažnosti stanovenými podle dopadu problému na pracovní činnost Odběratele.
 - h) Přístup k informacím dodavatele prostřednictvím elektronických systémů. Technické pokyny, návrhy, informace o vývoji produktů, dostupnost produktů, oznámení o ukončení podpory, podrobnosti o známých problémech včetně náhradních řešení.“.

Popis Oracle produktu / druh licence FULL USE	CSI #	Počet licencí
Internet Application Server Standard Edition - Processor Perpetual	15810339	4
Oracle Database Enterprise Edition - Processor Perpetual	15683245	2
Internet Application Server Enterprise Edition - Processor Perpetual	3833059	2
Oracle Database Enterprise Edition - Processor Perpetual	16571532	1
Oracle Standard Edition One - Oracle 1-Click Ordering eDelivery - Named User Plus Perpetual	16247663	5
Oracle Standard Edition One - Oracle 1-Click Ordering eDelivery - Processor Perpetual	16146562	1
Internet Application Server Standard Edition - Processor Perpetual	3833059	2
Internet Application Server Enterprise Edition - Processor Perpetual	15683245	1
Internet Application Server Enterprise Edition - Processor Perpetual	15693353	1
Oracle Database Enterprise Edition - Processor Perpetual	14460453	12
Internet Application Server Standard Edition - Processor Perpetual	14460453	8
Identity Management Option - Processor Perpetual	14460453	4
Oracle Standard Edition One - Named User Plus Perpetual	15718774	5
Oracle Database Enterprise Edition - Processor Perpetual	15810285	4

Internet Application Server Enterprise Edition - Processor Perpetual	15810285	2
Internet Application Server Enterprise Edition - Processor Perpetual	15810339	4

52. V odstavci 5. »Jednoznačné a podrobné zdůvodnění návrhu zadat VZ dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon“):« dokumentu »Žádost o zadání zadávacího řízení – výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění o nadlimitní veřejné zakázce v souladu s ustanovením § 34 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon“) – „Technická podpora produktů Oracle“« ze dne 14. 5. 2013 (dále jen „Žádost o zadání veřejné zakázky“) obviněný uvedl, že »*Předmětem VZ je podpora (maintenance) produktů Oracle, které jsou na MF provozovány. Bez podpory nelze produkty Oracle provozovat a podporu je třeba zajistit přímo u autora programového vybavení, společnosti Oracle. Pokud by se tak nestalo, došlo by k porušení autorských práv společnosti Oracle, což by mohlo mít za následek nejen nemalou finanční ztrátu, ale také nežádoucí medializaci MF v médiích. Součástí licenční politiky Oracle je povinná platba podpory produktů. V rámci této podpory má MF nárok na aktualizaci provozovaných verzí a na současnou instalaci různých verzí produktů Oracle. Společnost Oracle Czech s.r.o. je od svého vzniku jediným výhradním zástupcem Oracle Corporation na území České republiky a autorizovaným poskytovatelem-dodavatelem práv duševního vlastnictvím k softwarovým produktům (licence) Oracle Corporation a poskytovatelem-dodavatelem služeb technické podpory Software Update License & Support k softwarovým produktům definovaným v „Oracle Technology Global Price List“, na území ČR.*
53. V odstavci 11. Žádosti o zadání veřejné zakázky je uvedeno »*Jedná se o zakázku na pokračování podpory produktů Oracle, která je nezbytná pro provoz informačních systémů provozovaných na Ministerstvu financí. Informační systémy zabezpečují podporu plnění úkolů požadovaných platnou legislativou. Konkrétně se jedná o: **Informační systém o platu a služebním příjmu – ISPSP (...). Informační systém pro podporu práce Exekutorské komory (...). Informační systém Registr oznámení (...).** V prostředí Oracle jsou na ministerstvu financí dále provozovány interní systémy, DMS systém s podporou Extranetu EU a podporou pro agendu EHP Norsko, systém zabezpečeného přístupu k aplikacím ZBAPA a univerzální prostředí Apex. Bez prodloužení technické podpory by nebylo možné výše uvedené informační systémy provozovat.*
54. V odstavci IV. »*Důvod použití jednacích řízení bez uveřejnění, byla-li taková možnost využita:*« Písemné zprávy zadavatele ze dne 27. 6 2013 je uvedeno, že »*Zadání veřejné zakázky je odůvodněno skutečností, že předmětem VZ je podpora (maintenance) produktů Oracle, které jsou na MF provozovány. Bez podpory nelze produkty Oracle provozovat a podporu je třeba zajistit přímo u autora programového vybavení, společnosti Oracle. Pokud by se tak nestalo, došlo by k porušení autorských práv společnosti Oracle, což by mohlo mít za následek nejen nemalou finanční ztrátu, ale také nežádoucí medializaci MF v médiích. Součástí licenční politiky Oracle je povinná platba podpory produktů. V rámci této podpory má MF nárok na aktualizaci provozovaných verzí a na současnou instalaci různých verzí produktů Oracle. Společnost Oracle Czech s.r.o. je od svého vzniku jediným výhradním zástupcem Oracle Corporation na území České republiky a autorizovaným poskytovatelem-dodavatelem práv duševního vlastnictvím k softwarovým produktům (licence) Oracle Corporation a poskytovatelem-dodavatelem služeb technické podpory*

Software Update License & Support k softwarovým produktům definovaným v „Oracle Technology Global Price List“, na území ČR.«.

55. Obviněný předložil Úřadu jako součást dokumentace o veřejné zakázce dokument označený jako „Věc: Výhradní poskytovatel-dodavatel“ ze dne 26. 3. 2013 jehož obsahem je prohlášení společnosti Oracle Czech s.r.o. že „*Společnost Oracle je od svého vzniku jediným zástupcem společnosti Oracle na území České republiky, která distribuuje práva duševního vlastnictví k softwarovým produktům (licence) Oracle v České republice.*“ a dále, že „*Společnost Oracle Czech s.r.o. je jediný autorizovaný poskytovatel-dodavatel služeb technické podpory Premier support – Software Update License & Support – pro kompletní portfolio produktů společnosti Oracle na území České republiky.*“ (dále jen „*Prohlášení společnosti Oracle Czech s.r.o.*“).
56. V čl. II „*Předmět smlouvy*“ smlouvy na veřejnou zakázku je uvedeno, že „*Společnost Oracle touto smlouvou Zákazníkovi poskytuje technickou podporu Software Update License & Support v časově omezeném období. Rozsah těchto služeb je specifikován v příloze č. 1, která tvoří nedílnou část této smlouvy. Technická podpora se vztahuje k softwarovým produktům společnosti Oracle, které jsou společně se specifikací ceny uvedeny v přílohách č. 2, která tvoří nedílnou část této smlouvy.*“.
57. V příloze č. 1 smlouvy na veřejnou zakázku je uvedeno, že služba Software Update License & Support zahrnuje následující druhy služeb: „*Dodávka nových verzí software.*“, „*Servisní verze pro udržení kroku s vývojem verzí hardwaru a operačního systému.*“, „*Opravy chyb softwaru, opravné kódy.*“, „*Dokumentace k novým verzím software.*“, „*Nepřetržitá elektronická pomoc pro řešení problémů a dotazů Odběratele, 24 hodin denně, 7 dnů v týdnu.*“, „*Přímý elektronický přístup k pracovníkům oddělení Support pro řešení problémů, oznámení závady v produktu, objasnění dokumentace, oznámení požadavku na rozšíření funkčnosti produktu a technickou pomoc pro problémy a dotazy během obvyklé pracovní doby. Služby oddělení Support společnosti Oracle řeší problémy prokazatelné v aktuálně podporovaných verzích Programů za předpokladu, že tyto Programy nebyly změněny a jsou provozovány na podporované konfiguraci hardwaru a operačního systému.*“, „*Priorita řešení podle pracovního dopadu. Společnost Oracle bude pracovat na řešení požadavků Odběratele v souladu s úrovněmi závažnosti stanovenými podle dopadu problému na pracovní činnost Odběratele.*“, „*Přístup k informacím společnosti Oracle prostřednictvím elektronických systémů. Technické pokyny, návrhy, informace o vývoji produktů, dostupnost produktů, oznámení o ukončení podpory, podrobnosti o známých problémech včetně náhradních řešení.*“.
58. V bodě 2. čl. III. „*Cena*“ smlouvy na veřejnou zakázku je stanoveno, že „*Cena za poskytnutí technické podpory (Software Update License & Support), která je specifikována v čl. II této smlouvy činí bez DPH 4 028 946,01 Kč, (...) včetně DPH 4 875 024,67 Kč, (...)*“.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

59. Úřad v obecné rovině uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, v němž byla šetřena veřejná zakázka zadána, je výjimečný způsob zadání veřejné zakázky, kdy je zakázka sice zadávána v režimu podle zákona, ale vzhledem k povaze tohoto zadávacího řízení je hospodářská soutěž fakticky vyloučena; vyloučen je tak ten aspekt zadávacího řízení, jenž má v široké soutěži zajistit ekonomickou výhodnost pořízení

předmětu plnění veřejné zakázky a rovněž omezit jakékoli nezákonné či korupční jednání. Současně je tento druh zadávacího řízení postupem podle zákona nejméně formalizovaným a kontrolovatelným.

60. Jednací řízení bez uveřejnění by tedy mělo být skutečně krajním řešením tam, kde není jinak možné zajistit plnění požadované zadavatelem, a v žádném případě by nemělo docházet k jeho nadužívání. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění lze uskutečnit pouze v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není, resp. by nebylo možné, dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, typicky v otevřeném řízení. Obdobně se vyjádřil v rozsudku sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013 i Nejvyšší správní soud, když uvedl, že zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je *„[m]ožné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěži o zakázku. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v ustanovení § 23 zákona.“*. Otázku splnění podmínek pro zadání v jednacím řízení bez uveřejnění je proto v souladu s ustálenou soudně rozhodovací praxí nezbytné posuzovat restriktivně, což vyplývá např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu, sp. zn. 1 Afs 23/2012 ze dne 20. 11. 2012 nebo z rozsudku Krajského soudu v Brně, sp. zn. 62 Af 95/2013 ze dne 13. 1. 2015.
61. Jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona tedy lze v případě technických důvodů či důvodu ochrany výhradních práv využít pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa jiného dodavatele, kdy tato neexistence však stojí na objektivních základech a není důsledkem vlastní činnosti zadavatele. Úřad odkazuje především na již citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013, ve kterém soud jednoznačně uvedl, že *„[j]ednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento ‚stav exkluzivity‘ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situací dostupnými právními prostředky změnit“*. Pokud pak Nejvyšší správní soud v témže rozsudku uvedl, že je nutné s ohledem na skutkové okolnosti pečlivě vážit, *„zda postup zadavatele je skutečně zaviněný či pouze nešikovný“*, a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky, odkazuje Úřad na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015, podle kterého *„citované argumentaci je nutno v intencích všech citovaných rozsudků Nejvyššího správního soudu rozumět tak, že v případě zmiňovaného „zavinění“ půjde o takové způsobení stavu exkluzivity zadavatelem kdy musel s ohledem na individuální okolnosti zadávání původní zakázky předpokládat nutnost zadání navazujících zakázek.“*
62. Pro „dokreslení“ shora uvedeného, resp. restriktivního, charakteru využitelnosti jednacího řízení bez uveřejnění, je v dalším možno odkázat i na čl. 31 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, účinné v době zahájení zadávacího řízení na šetřenou veřejnou zakázku, v němž je uvedeno, že veřejní zadavatelé mohou zadávat veřejné zakázky na služby v jednacím řízení bez uveřejnění pouze v případech *„[j]estliže v otevřeném*

nebo omezeném řízení nebyly podány žádné nabídky nebo žádné vhodné nabídky nebo žádné žádosti, za předpokladu, že se původní podmínky zakázky podstatně nezmění, a za podmínky, že Komisi je na její žádost zaslána zpráva; jestliže zakázka může být z technických či uměleckých důvodů nebo z důvodů spojených s ochranou výlučných práv zadána pouze určitému hospodářskému subjektu; pokud je to nezbytně nutné, nelze-li z důvodů krajní naléhavosti způsobené událostmi, které veřejní zadavatelé nemohli předvídat, dodržet lhůty stanovené pro otevřená, omezená nebo vyjednávací řízení se zveřejněním oznámení o zakázce, jak je uvedeno v článku 30. Okolnosti, které se uvádějí pro odůvodnění krajní naléhavosti, nesmějí být v žádném případě způsobeny veřejným zadavatelem.“ a dále v případě, že „[d]aná zakázka následuje po veřejné soutěži na určitý výkon a musí být podle platných pravidel zadána vítěznému účastníku nebo jednomu z vítězných účastníků (...).“. Skutečnost, že právní úprava je v otázce použití jednacího řízení bez uveřejnění konstantní a restriktivní výklad ohledně možnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění zůstal zachován i po změně právní úpravy, resp. po přijetí „nového“ zákona č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, do kterého byly transponovány nové zadávací směrnice (viz dále), dokládá i znění odst. 50 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, s účinností ke dni 18. 4. 2016, ve kterém se uvádí, že „[s] ohledem na škodlivé účinky na hospodářskou soutěž by jednací řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech. Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést. To je případ uměleckých děl, u nichž totožnost umělce ze své podstaty určuje jedinečný charakter a hodnotu samotného uměleckého předmětu. Výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností, avšak k použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám veřejný zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení.“. Úřad na posledně jmenovanou směrnici odkazuje s plným vědomím toho, že v době zadávání posuzované veřejné zakázky tato dosud neexistovala a obviněný ji tedy nebyl povinen reflektovat; daná směrnice nicméně výstižně ilustruje kontinuitu a názorovou ustálenost stran omezené použitelnosti jednacího řízení bez uveřejnění pro zadání konkrétní veřejné zakázky.

63. Je tedy zřejmé, že aplikace ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možná pouze v případě, že prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět plnění. Úřad přitom upozorňuje, že je na obviněném, aby v rámci případného přezkumu jeho postupu ze strany Úřadu prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. Pouze tak může obviněný naplnit požadavek na přezkoumatelnost jeho postupu v zadávacím řízení, který plyne ze zásady transparentnosti zakotvené v ustanovení § 6 odst. 1 zákona (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Ca 166/2005 ze dne 14. 5. 2007 či rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 131/2007 ze dne 12. 5. 2008). Prokázání důvodů použití jednacího řízení bez uveřejnění je tak plně na obviněném, který by měl být schopen objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení doložit již před zahájením zadávacího řízení (k tomu srov. např. závěry vyplývající z rozsudků

Soudního dvora Evropské unie ze dne 10. 3. 1987, C-199/85 Komise Evropských společenství proti Italské republice, či z rozsudku ze dne 28. 3. 1996, C-318/94 Komise Evropských společenství proti Spolkové republice Německo), a tyto důvody by měly trvat po celou dobu trvání jednání s dodavateli. V této souvislosti je rovněž možné odkázat na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-385/02 ze dne 14. 9. 2004, v němž Soudní dvůr Evropské unie konstatoval, že ustanovení o možném použití jednacího řízení bez uveřejnění *„musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává [...]“* (viz články č. 19 a č. 20 rozsudku). Z této premisy dále vychází i konstantní tuzemská judikatura, ze které je možno odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2012-160 ze dne 3. 10. 2013, kde soud k použití jednacího řízení bez uveřejnění uvádí, že *„použití jednacího řízení bez uveřejnění [je] jednou z výjimek z jinak povinného použití ,otevřenějších‘ zadávacích řízení – zásadně řízení otevřeného podle § 21 odst. 1 písm. a) ZVZ... Pokud jde o obecnější rovinu, tu lze skutečně použít východiska Soudního dvora o potřebě restriktivního výkladu výjimky spočívající v možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění, jak plyne z rozsudku Soudního dvora ze dne 14. 9. 2004 ve věci C-385/02 (Komise proti Itálii). Přestože se v této věci Soudní dvůr nevyjadřoval ke stavu skutkově totožnému, jaký je ve věci právě posuzované, plyne z něj, že ustanovení (směrnic), která umožňují výjimky z pravidel zadávání veřejných zakázek (a za takovou výjimku v dané věci Soudní dvůr považoval právě ,odklon‘ od přísnějšího postupu formou jednání bez uveřejnění), musí být vykládána restriktivně, **přitom důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky nese ten, kdo se jich dovolává (tj. zadavatel).** [...] Potřebou restriktivního výkladu podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění není tedy třeba se dále podrobněji zabývat; toto obecné východisko žalovaného je oprávněné“* (pozn. – zvýraznění textu provedeno Úřadem). V této souvislosti Úřad dále odkazuje na rozsudky Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 95/2013 ze dne 13. 1. 2015 a sp. zn. 62 Af 93/2015 ze dne 1. 6. 2017 a též na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015, ve kterém soud mj. uvedl, že *„smyslem daného řízení bylo posouzení toho, zda stěžovatel prokázal, že naplnil podmínky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění“*. Pojmem „dané řízení“ se v citovaném rozhodnutí Nejvyššího správního soudu rozumí správní řízení vedené před Úřadem, jehož předmětem bylo posouzení oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění, a z uvedené citace tedy jasně vyplývá, že úkolem Úřadu ve správním řízení je posoudit, zda obviněný naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění prokázal.

64. Ohledně otázky přenesení důkazního břemena na zadavatele při použití jednacího řízení bez uveřejnění Úřad rovněž odkazuje na aktuální soudní judikaturu, kdy např. Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 31 Af 35/2015 – 80 ze dne 28. 6. 2017 v obdobném případě při zjišťování skutkového stavu Úřadem při šetření veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění judikoval, že *„V rámci námitek nedostatečně zjištěného skutkového stavu žalobce brojil i proti tomu, že Úřad rozhodl bez nařízení ústního jednání. Z obsahu správního spisu vyplývá, že žalobce nepředložil žádný listinný důkaz, který by objektivně prokazoval nutnost zadání zakázky v JŘBU. Veškeré důvody opíral o svá tvrzení, případně své vlastní analýzy. Za této procesní situace nebylo důvod nařizovat ve věci ústní jednání, neboť to by s ohledem na skutková zjištění v průběhu správního řízení a s ohledem na odůvodnění návrhu na ústní jednání nemohlo přinést nic jiného, než opětovné subjektivní vyjádření důvodů, které vedly žalobce k využití JŘBU. Soud se proto plně ztotožnil s postupem*

žalovaného, který ve věci ústní jednání nenařídil. Soud zdůrazňuje již výše uvedené, že objektivní posouzení možnosti využití ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ musel mít zpracované před zadáním veřejné zakázky. V případě absence takového posouzení by nemohlo na věci nic změnit ani nařízení ústního jednání.“

65. Z výše uvedeného rozsudku Krajského soudu v Brně je tedy nade vší pochybnost zřejmé, že povinností zadavatele je jeho postup v jednacím řízení bez uveřejnění řádně a relevantním způsobem prokázat, odůvodnit a zdokladovat ještě před vlastním započítáním zadávání v takovém zadávacím řízení. Doklady prokazující oprávněnost použití jednacím řízení bez uveřejnění tak musí být obsaženy v dokumentaci o veřejné zakázce a zadavatel by je měl doložit společně s touto dokumentací. Úmyslem zákonodárce totiž evidentně nebylo, aby se zadavatel svůj postup snažil legitimizovat, a to až poté, co již samotná situace nastala, tj. kdy již byla uzavřena smlouva v jednacím řízení bez uveřejnění, nebo dokonce až v situaci, kdy veřejná zakázka zadávaná postupem v jednacím řízení bez uveřejnění byla zrealizována. Uvedený postup by byl zcela proti literě zákona, neboť je logické, že zadavatel musí předem ověřit, zda pro daný postup jsou splněny zákonné podmínky a teprve následně lze případně takto postupovat, a nikoliv tedy zadat veřejnou zakázku konkrétním postupem (v šetřených případech v jednacích řízeních bez uveřejnění) a teprve následně se snažit takový postup dostupnými prostředky verifikovat, popř. dokonce vyžadovat potvrzení a prokázání takových skutečností po správním orgánu. Úřad si je ve zde šetřeném případě pak vědom, že obviněný legitimitu svého postupu dovozuje zejména z prohlášení společnosti Oracle Czech s.r.o. ze dne 26. 3. 2013, které je datováno ke dni před zahájením zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku, a které Úřadu předložil ještě před zahájením tohoto řízení o přestupku.
66. Z výše uvedeného vyplývá, že důkazní břemeno leží v šetřeném případě zcela na zadavateli, jehož povinností je, aby prokázal naplnění podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Dochází tak k výjimečné situaci, kdy je důkazní břemeno, jež v případě řízení o přestupku leží v ostatních případech na správním orgánu, který musí zjistit stav věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti, přeneseno na toho, kdo se dovolává zmíněné výjimky z použití otevřenějších zadávacích řízení. V případě jednacích řízení bez uveřejnění je to tedy právě zadavatel, v šetřeném případě obviněný, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem a že z hlediska tvrzeného důvodu opravdu neexistoval v době zadání veřejné zakázky jiný dodavatel schopný splnit předmět veřejné zakázky. Úřad uvádí, že povinnost zjištění skutkového stavu věci Úřadem se s ohledem na přenos důkazního břemene v souvislosti s doložením naplnění podmínek opravňujících použití jednacím řízení bez uveřejnění vztahuje pouze na zjištění, zda obviněný toto důkazní břemeno unesl. Je tedy povinností obviněného, aby svůj postup spočívající v zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona byl schopen nejen odůvodnit, ale své závěry o existenci důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona také doložit relevantními podklady. Úřad tedy nerezignuje na svoji povinnost zjistit úplný skutkový stav věci, avšak nemůže suplovat za obviněného povinnost ohledně doložení existence objektivních důvodů k použití jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Úřad má tedy v šetřeném případě povinnost posoudit, zda obviněný důkazní břemeno unesl, tedy zda prokázal naplnění důvodů pro použití jednacím řízení bez uveřejnění.

67. Úřad konstatuje, že předmětem řízení o přestupku je posouzení, zda obviněný unesl důkazní břemeno v souvislosti s doložením, resp. naplněním, podmínek opravňujících jej k použití jednacímho řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona v rámci předmětné veřejné zakázky, kdy poptával technickou podporu softwarových produktů společnosti Oracle Corporation do systémů, které obviněný provozuje (spravuje). V posuzovaném případě není otázkou, tzn. ani předmětem vedeného řízení o přestupku, zda obviněný navodil případný stav exkluzivity, když do jím provozovaných informačních systémů byly v minulosti při budování informační a komunikační infrastruktury nainstalovány (zakomponovány) softwarové produkty společnosti Oracle Corporation, ale předmětem vedeného řízení je posouzení, zda byl obviněný oprávněn poptat prostřednictvím jednacímho řízení bez uveřejnění předmětné služby technické podpory pro dílčí softwarové komponenty společnosti Oracle Corporation zakomponované v jeho informačních systémech (předmět plnění a informační systému uvedeny v odstavcích 51 a 53 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jinými slovy, Úřad se bude následně zabývat tím, zda obviněný neměl jinou možnost, než zadat veřejnou zakázku na zajištění technické podpory softwarových produktů společnosti Oracle Corporation v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
68. Úřad při svém posuzování otázky, zda obviněný unesl důkazní břemeno a prokázal, že zadání veřejné zakázky prostřednictvím jednacímho řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona bylo v souladu se zákonem, vycházel primárně z dokumentace o veřejné zakázce, která ostatně i dle konstantní judikatury má být hlavním zdrojem informací a podkladů dokládajících oprávněnost užití jednacímho řízení bez uveřejnění. Úřad však současně přihlédl i k dodatečné argumentaci obviněného uplatněné v jeho vyjádření předcházejícímu zahájení daného řízení o přestupku a vyjádření ze dne 25. 9. 2017, kdy obviněný k důvodům zadání veřejné zakázky dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona uvádí nad rámec v dokumentaci o veřejné zakázce zachycených důvodů autorskoprávních, rovněž důvody technické.
69. V šetřeném případě obviněný v dokumentech „Žádost o zadání veřejné zakázky“ a „Písemná zpráva zadavatele“ (viz odstavce 52 a 54 odůvodnění tohoto rozhodnutí) jako důvod pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona shodně uvádí, že předmětem veřejné zakázky je technická podpora softwarových produktů Oracle, které jsou u obviněného provozovány, přičemž pokud by tato technická podpora nebyla pořízena přímo u společnosti Oracle Czech s.r.o., došlo by k porušení jeho autorských práv. Dále obviněný ve jmenovaných dokumentech uvádí, že společnost Oracle Czech s.r.o. je jediným autorizovaným poskytovatelem-dodavatelem práv duševního vlastnictví k softwarovým produktům společnosti Oracle Corporation a poskytovatelem-dodavatelem služeb technické podpory Software Update License & Support k softwarovým produktům společnosti Oracle Corporation na území České republiky. Tedy z uvedených materiálů vyplývá, že důvodem obviněného pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění byly důvody autorskoprávní, resp. dle dikce ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona byl důvod použití jednacímho řízení bez uveřejnění daný ochranou výhradních práv. Spolu s dokumentací o veřejné zakázce předložil obviněný Úřadu rovněž dokument „Prohlášení společnosti Oracle Czech s.r.o.“ ze dne 26. 3. 2013, jehož obsahem je prohlášení jmenované společnosti, že tato je od svého vzniku jediným zástupcem společnosti Oracle Corporation na území České republiky, který distribuuje práva duševního vlastnictví k softwarovým produktům společnosti Oracle Corporation v České republice, a že je rovněž jediným autorizovaným

poskytovatelem-dodavatelem služeb technické podpory Software Update License & Support pro kompletní portfolio produktů společnosti Oracle Corporation na území České republiky (viz odstavec 55 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

70. Úřad poukazuje na skutečnost, že ve svém vyjádření ze dne 25. 9. 2017 obviněný odůvodňuje použití jednacího řízení bez uveřejnění rovněž bez dalších podkladů, kromě těch, jež byly zachyceny v dokumentaci o veřejné zakázce, tj. i ve vyjádření společnosti Oracle Czech s. r. o. ze dne 26. 3. 2013, konstatováním, že z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv mohla být šetřená veřejná zakázka plněna pouze společností Oracle Czech s.r.o., přičemž dle názoru obviněného je toto omezení hospodářské soutěže způsobeno samotnou obchodní politikou společnosti Oracle Corporation, která v době zadávání veřejné zakázky neumožňovala poskytovat technickou podporu určitých svých produktů prostřednictvím jiných dodavatelů. Za daných okolností existoval dle obviněného tedy jediný dodavatel, který byl fakticky schopen předmět plnění veřejné zakázky realizovat. Důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění tak byly dle obviněného objektivní a nezávislé na jeho vůli. Úřad tedy nepřehlédl a na tomto místě akcentuje, že obviněný ve svém vyjádření (nad rámec důvodů ochrany výhradních práv, které jsou jako jediné uvedeny v dokumentaci o veřejné zakázce) zmiňuje rovněž technické důvody, avšak tyto zmiňované technické důvody obviněný ve svém vyjádření nikterak blíže nekonkretizuje, ani se jimi v rámci své argumentace dále nezabývá, stejně tak nejsou zachyceny ani v dokumentaci o veřejné zakázce. Argumentace obviněného v citovaném vyjádření, podpořena skutečnostmi zachycenými v dokumentaci o veřejné zakázce, směřuje v zásadě k odůvodnění jeho postupu ochranou výhradních práv společnosti Oracle Czech s.r.o.
71. Jak vyplývá z vyjádření obviněného, jediným podkladem, kterým obviněný dokládá své závěry o existenci důvodu ochrany výhradních práv ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona přednesené ve správním řízení a uvedené v dokumentaci o veřejné zakázce, je dokument „Prohlášení společnosti Oracle Czech s.r.o.“ (viz odstavec 55 odůvodnění tohoto rozhodnutí), v němž je zachyceno, že společnost Oracle Czech s.r.o. mj. deklaruje, že je jediným autorizovaným poskytovatelem-dodavatelem služeb technické podpory Software Update License & Support pro kompletní portfolio produktů Oracle na území České republiky. Úřad přitom opětovně zdůrazňuje (jak bylo shora podrobně popsáno), že bylo na obviněném, aby před zahájením zadávacího řízení na šetřenou veřejnou zakázku formou jednacího řízení bez uveřejnění postavil najisto a zdokumentoval, že společnost Oracle Czech s.r.o. je skutečně objektivně jediným dodavatelem předmětu veřejné zakázky na trhu.
72. K samotnému dokumentu „Prohlášení společnosti Oracle Czech s.r.o.“ datovanému ke dni 26. 3. 2013, tj. cca dva měsíce před zahájením zadávacího řízení na šetřenou veřejnou zakázku, Úřad uvádí, že je v něm pouze uvedeno strohé prohlášení společnosti Oracle Czech s.r.o., že tato je jediným zástupcem společnosti Oracle (společnosti Oracle Corporation, pozn. Úřadu) na území České republiky a jediným autorizovaným poskytovatelem, resp. dodavatelem, služeb technické podpory Premier support – Software Update License & Support k produktům Oracle pro kompletní portfolio produktů společnosti Oracle Corporation na území České republiky. Úřad uvádí, že v „Prohlášení společnosti Oracle Czech s.r.o.“ není nijak odkazováno na případný iniciační materiál obviněného, na který společnost Oracle Czech s.r.o. by tímto prohlášením reagovala a obviněný takový materiál Úřadu nepředložil, ani jej ve svých vyjádřeních přednesených v rámci prošetřování jeho postupu

Úřadem nikde nezmiňuje. Není tak zřejmé, zda, na co a v jaké souvislosti se obviněný společností Oracle Czech s.r.o. vůbec dotazoval, ani jak zněla, resp. zněly, případné otázky obviněného. Není tedy zřejmé, na jakou formu dotazů (pokud vůbec nějaké předcházely) společnost Oracle Czech s. r. o. ve jmenovaném prohlášení reagovala. Úřad pro úplnost doplňuje, že v dokumentu „Žádost o zadání veřejné zakázky“ zpracovaném obviněným před zahájením zadávacího řízení není na tento materiál rovněž odkazováno a stejně tak na něj neodkazují žádné dokumenty související se zadávacím řízením. S ohledem na shora popsané skutečnosti tak je otázkou, nakolik je „Prohlášení společnosti Oracle Czech s.r.o.“ vůbec relevantní pro odůvodnění postupu obviněného. Úřad rovněž akcentuje, že samotné skutečnosti uvedené v „Prohlášení společnosti Oracle Czech s.r.o.“ nepopisují objektivní (komplexní) stav, který by měl existovat na trhu a odůvodnit tak postup dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a to z důvodů popsaných Úřadem níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí.

73. Úřad rovněž nepřehlédl, že společnost Oracle Czech s.r.o. ve svém vyjádření ze dne 19. 7. 2017 doručeném téhož dne Úřadu v reakci na jeho žádost o sdělení informací v rámci šetření před zahájením předmětného řízení o přestupku Úřadu sdělila, že v červnu 2013 byla jedinou společností, která měla všeobecnou autorizaci pro distribuci obnov služeb technické podpory produktů Oracle Corporation, jakož i pro poskytování těchto služeb koncovým uživatelům na území České republiky (viz odstavec 5 odůvodnění tohoto rozhodnutí), nicméně Úřad uvádí, že z této skutečnosti nelze legitimně dovodit existenci důvodů pro zadávání šetřené veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.
74. Dále Úřad uvádí, že z dokumentace o veřejné zakázce nikterak nevyplývá, a obviněný to ani netvrdí, že by před zahájením zadávacího řízení na šetřenou veřejnou zakázku obviněný jakkoli zjišťoval další informace o situaci na trhu s předmětem plnění nad rámec informací uvedených v dokumentu „Prohlášení společnosti Oracle Czech s.r.o.“, resp. zda se obviněný vůbec zabýval možností plnění veřejné zakázky i jiným dodavatelem než společností Oracle Czech s.r.o. Znění případného dotazu, na který společnost Oracle Czech s.r.o. reagovala ve jmenovaném prohlášení, není Úřadu známo. Obviněný se přitom dle názoru Úřadu mohl na různé možnosti uspokojení své poptávky informovat jak u samotné mateřské společnosti Oracle Corporation, tak mohl příp. i vyvinout snahu a zjistit více o možnostech poptávaného plnění rovněž od zástupce této společnosti pro Českou republiku, tzn. od společnosti Oracle Czech s.r.o. Obviněný však v tomto směru nevyvinul žádnou další snahu a spokojil se s prohlášením společnosti Oracle Czech s.r.o., že tato je jediným autorizovaným poskytovatelem služeb technické podpory pro **kompletní portfolio** produktů společnosti Oracle na území České republiky. Obviněný zjevně z této informace učinil (nesprávně) závěr o možnosti plnění pouze tímto jedním dodavatelem (jak tvrdí před Úřadem). Obviněný si mohl v souvislosti s prohlášením společnosti Oracle Czech s.r.o. zjistit další související informace, např. zda společnost Oracle Czech s.r.o. může udělit autorizaci k poskytování konkrétní technické podpory i jiné společnosti, resp. zda je možný pře prodej obviněným požadovaného plnění. Právě tuto možnost, resp. alternativu, ve správním řízení Úřad prověřil, neboť mu bylo z úřední činnosti známo, že existují poskytovatelé služeb, odlišní od společnosti Oracle Czech s.r.o., poptávaných obviněným. Tím Úřad nikterak nezpochybňuje příp. nutnost těchto subjektů vstoupit do vzájemné interakce se společností Oracle Czech s.r.o., aby mohly obviněným požadované plnění nabídnout. Na tomto místě Úřad poukazuje na fakt, že obviněný ve svém vyjádření ze dne 25. 9. 2017 odkazuje na „Prohlášení společnosti Oracle Czech s.r.o.“ z jehož obsahu učinil

závěr, že „*Toto omezení hospodářské soutěže je způsobeno obchodní politikou společnosti Oracle Corporation, která v dané době neumožňovala poskytovat k určitým svým produktům podporu jinými obchodními společnostmi ani jejich prostřednictvím.*“. K tomu Úřad konstatuje, že z dokumentace o veřejné zakázce nevyplývá, a obviněný ani nedoložil, že by se blíže zabýval zjišťováním, které prodejní modely obchodní politika společnosti Oracle Corporation umožňuje. Úřad se vzhledem k výše popsanému bude dále zabývat tedy právě otázkou, zda mimo společnost Oracle Czech s.r.o. mohl existovat i jiný dodavatel předmětného plnění.

75. Za účelem zodpovězení této otázky provedl Úřad šetření dotazováním u společnosti Oracle Czech s.r.o., resp. Úřad požádal jmenovanou společnost o sdělení informací relevantních pro posouzení věci, přičemž společnost Oracle Czech s.r.o. Úřadu ve svém vyjádření ze dne 27. 9. 2017 sdělila, že pro služby technické podpory produktů společnosti Oracle Corporation stupně Software Update License & Support běžně na území České republiky využívá přeprdejní model, kdy přeprdejce tuto službu přeprodává koncovému zákazníkovi, ovšem pouze za předpokladu, že k tomu společnost Oracle Czech s.r.o. udělí přeprdejní společnosti autorizaci. Z dalšího upřesňujícího vyjádření společnosti Oracle Czech s.r.o. (tj. vyjádření ze dne 6. 10. 2017) potom vyplývá, že v období před zahájením zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku bylo možné udělit takovou autorizaci společnosti, která by o to požádala (viz odstavec 26 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z právě uvedeného je nutno dovodit legitimní závěr, že bylo lze dosáhnout toho, aby se o předmětnou veřejnou zakázku mohl ucházet větší počet dodavatelů, pakliže by obviněný svůj záměr předmětné plnění poptávat zveřejnil, neboť potenciální dodavatelé mohli vstoupit do jednání se společností Oracle Czech s. r. o. a získat autorizaci ve výše uvedeném smyslu k možnosti splnění předmětu dané veřejné zakázky (pakliže by takovou autorizací nedisponovali). Obviněný však v tomto ohledu nevyvinul sebemenší snahu, ačkoliv, jak vyplývá z vyjádření společnosti Oracle Czech s. r. o., je na území České republiky běžně využíván přeprdejní model, a naopak veřejnou zakázku „přímo“ zadal vybranému uchazeči.
76. V daném případě rovněž nelze přehlédnout skutečnost, že předmět plnění veřejné zakázky, tzn. poskytování služby technické podpory Software Update License & Support, je na území České republiky zadavateli poptáván i v otevřenějších druzích zadávacího řízení, tj. nikoli pouze prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, jak to učinil v tomto konkrétním případě obviněný. Tato skutečnost ostatně potvrzuje výše uvedené, a to, že lze dané plnění soutěžit. Informace dostupné z Věstníku veřejných zakázek (viz <https://vestnikverejnychzakazek.cz/>) jednoznačně potvrzují, že dodavatelem technické podpory softwarových produktů Oracle Corporation (úrovně Update License & Support) nemusí být pouze společnost Oracle Czech s.r.o., což opět koresponduje s vyjádřením společnosti Oracle Czech s.r.o. v reakci na dotazy Úřadu. V tomto směru lze např. odkázat na veřejnou zakázku „Rámcová smlouva na nákup licencí ORACLE“ (předmětem plnění byla mj. technická podpora produktů Oracle úrovně Update License & Support), jíž zadavatel Všeobecná zdravotní pojišťovna České republiky zadával v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 7. 2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 7. 2013 pod ev. č. 240835 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 7. 2013 pod ev. č. 2013/S 140-243781, kdy se vybraným uchazečem stal dodavatel NESS Czech s.r.o., IČO 45786259, se sídlem V Parku 2335/20, 148 00 Praha 4; či na veřejnou zakázku „Poskytování technické podpory produktů Oracle - Software Update License & Support“

zadávanou zadavatelem Lesy České republiky, s. p. v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 3. 10. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 7. 10. 2014 pod ev. č. 486770 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 9. 10. 2014 pod ev. č. 2014/S 194-343055, kdy se vybraným uchazečem stal dodavatel Solutia, s.r.o., IČO 27127982, se sídlem Petrohradská 390/46, 101 00 Praha 10 - Vršovice. Jak rovněž vyplývá z Věstníku veřejných zakázek, služby technické podpory Software Update License & Support byly v otevřeném zadávacím řízení zadávány i v obdobném časovém horizontu jako šetřená veřejná zakázka. Rovněž z informací uvedených na profilech zadavatelů vyplývá, že obdobný předmět plnění byl zadáván v otevřenějších druzích zadávacího řízení – např. na veřejnou zakázku „Podpora licencí Oracle“ (předmětem plnění byla rovněž licenční podpora služby Software Update License & Support) zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení, na niž zadavatel Česká průmyslová zdravotní pojišťovna uzavřel smlouvu s uchazečem PRVNÍ CHRÁNĚNÁ DÍLNA s.r.o., IČO 28685521, se sídlem Raisova 769/9, Střekov, 400 03 Ústí nad Labem (z písemné zprávy zadavatele k této veřejné zakázce, která je dostupná na profilu zadavatele Česká průmyslová zdravotní pojišťovna, dále vyplývá, že nabídku na uvedenou veřejnou zakázku podaly další čtyři subjekty odlišné od společnosti Oracle Czech s.r.o.); či na veřejnou zakázku „Nákup databázových licencí Oracle Database pro FI MU“ (jejímž předmětem plnění byl mj. nákup technické podpory typu Software Update Licence & Support) zadávanou jako veřejnou zakázku malého rozsahu, na niž zadavatel Masarykova univerzita uzavřel smlouvu se společností AutoCont CZ a.s., IČO 47676795, se sídlem Hornopolská 3322/34, 702 00 Ostrava - Moravská Ostrava. Úřad dále poukazuje rovněž na veřejnou zakázku „Nákup ročních Služeb technické podpory programů Oracle zahrnující Software Update License & Support pro provozované databázové licence Standard a Enterprise a technické podpory pro Oracle Linux Support“ zadávanou zadavatelem Ministerstvo životního prostředí jako veřejnou zakázku malého rozsahu, či na veřejnou zakázku „MR07/2017 Oracle 2017“, jejímž předmětem plnění byl rovněž nákup služby technické podpory Software Update License & Support, zadávanou zadavatelem Český rozhlas jako veřejnou zakázku malého rozsahu, na které jmenovaní zadavatelé uzavřeli smlouvu se společností TECHNISERV IT, spol. s r.o., IČO 26298953, se sídlem Traťová 574/1, Horní Heršpice, 619 00 Brno, tj. se subjektem odlišným od společnosti Oracle Czech s.r.o.

77. Z uvedených shora učiněných skutkových zjištění je tedy zřejmé, že veřejné zakázky na technickou podporu typu Software Update License & Support k produktům společnosti Oracle Corporation, tzn. obdobný předmět plnění jako v případě šetřené veřejné zakázky, bylo lze zadat v otevřenějších typech zadávacích řízení (včetně otevřeného zadávacího řízení), přičemž dodavatelem nebyla společnost Oracle Czech s.r.o. V době zahájení zadávacího řízení na šetřenou veřejnou zakázku tedy mohlo existovat více dodavatelů schopných obviněnému předmět veřejné zakázky poskytnout. Úřad přitom nepřehlédl skutečnost, že společnost Oracle Czech s.r.o. ve svém vyjádření ze dne 6. 10. 2017 rovněž uvádí, že ačkoli bylo možno o autorizaci k přeprodeji předmětu veřejné zakázky požádat, žádná společnost tak neučinila (viz odstavec 26 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Nicméně za situace, kdy obviněný úmysl zadat veřejnou zakázku s uvedeným předmětem plnění nezveřejnil, je logické, že potenciální dodavatelé nebudou o udělení autorizace k přeprodeji takového produktu, resp. služby, žádat, neboť obviněným nebyla na trhu otevřeně avizována optávka.

78. Na uvedeném ničeho nemění ani argumentace obviněného, že z Věstníku veřejných zakázek, popř. z veřejně dostupných písemných zpráv zadavatelů, vyplývá, že veřejné zakázky s obdobným předmětem plnění jako v šetřeném případě jsou z důvodu nemožnosti poskytnout plnění jinými dodavateli zadávány společnosti Oracle Czech s.r.o. v jednacím řízení bez uveřejnění (viz odstavec 22 odůvodnění tohoto rozhodnutí), neboť jak Úřad zjistil a popsál výše a jak lze rovněž dovést z vyjádření společnosti Oracle Czech s.r.o. ze dne 27. 9. 2017, služby technické podpory Software Update License & Support k produktům společnosti Oracle Corporation poskytují na území České republiky rovněž subjekty odlišné od společnosti Oracle Czech s.r.o., a dále rovněž, že veřejné zakázky, jejichž předmětem plnění je poskytování služby technické podpory Software Update License & Support k produktům Oracle Corporation jsou zadavateli zadávány v otevřenějších typech zadávacího řízení, včetně otevřeného řízení.
79. Vzhledem ke skutkovým zjištěním, která Úřad v šetřeném případě učinil, je nepochybné, že nemůže obstát argumentace obviněného, který oprávnění zadat předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění výlučně opírá o informace obsažené v dokumentu „Prohlášení společnosti Oracle Czech s.r.o.“, neboť tyto informace nepodávají celistvý obraz o situaci na trhu, na základě kterého by mohl být učiněn závěr o existenci výhradního dodavatele. Obviněný tedy v zásadě nezjistil objektivní stav na trhu, ani veškeré možnosti uspokojení své poptávky, ačkoliv takto měl v souladu s konstantní judikaturou postupovat. Zjednodušeně řečeno, obviněný v zásadě rezignoval na doložení skutečností opravňujících jej k použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona a na zjištění možností, jak službu pořídit v konkurenčním prostředí. Úřad přitom opětovně upozorňuje, že v případě zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění leží důkazní břemeno zcela na obviněném a je to tedy právě obviněný, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem, a že z hlediska tvrzeného důvodu opravdu neexistoval v době zadání veřejné zakázky jiný dodavatel schopný splnit předmět veřejné zakázky. Úřad naopak prokázal, že bylo možné veřejnou zakázku zadat v jiném druhu zadávacího řízení, než použil obviněný, a alternativa jiného dodavatele byla rovněž možná, pokud by obviněný svou poptávku uveřejnil (a tedy případní uchazeči by mohli požádat společnost Oracle Czech s.r.o. o autorizaci). Úřad tedy konstatuje, že obviněný v předmětném případě neunesl důkazní břemeno, neboť svůj postup v jednacím řízení bez uveřejnění odůvodnil pouze odkazem na prohlášení společnosti Oracle Czech s.r.o., které nepodávalo komplexní informace nutné pro odůvodnění postupu dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona a obviněný se s tímto zjevně spokojil. Nelze tedy dle Úřadu říci, že by obviněný nějak usiloval o nalezení „náhradního řešení“ a k situaci přistupoval „maximálně zodpovědně“, jak obviněný tvrdí ve svém vyjádření ze dne 25. 9. 2017 (viz odstavec 21 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Případný stav exkluzivity plnění pouze objektivně jedním dodavatelem byl tak ze strany obviněného pouze domnělý.
80. Úřad rovněž uvádí, že z postupu obviněného, či z dokumentace o veřejné zakázce, ani nevyplývá jakákoli snaha obviněného o zajištění alespoň omezené soutěže, kdy by byl, ač za značně specifických okolností, soutěžen byť jen jediný produkt, resp. služba, konkrétního výrobce (společnosti Oracle Corporation). Jakkoli si je Úřad vědom, že předmětem řízení o přestupku v šetřené věci je posouzení oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění pouze ve vztahu k produktům společnosti Oracle Corporation a nikoli posouzení, zda mohl obviněný uspokojit své potřeby rovněž produkty jiného výrobce

(např. nahrazením produktů společnosti Oracle Corporation jinými), nelze přehlédnout, že i za situace, kdy by obviněný vytvořil pro produkty výrobce Oracle Corporation alespoň omezené soutěžní prostředí, resp. zadával by šetřenou veřejnou zakázku v některém z otevřenějších druhů zadávacích řízení, vytvořil by určitý tlak na všechny subjekty nabízející v soutěži předmětné plnění, které by za účelem výběru právě jejich nabídky přizpůsobily svou nabídku.

81. Za situace, kdy Úřad dovedl a postavil na jisto, a to i na základě šetření provedeného přímo u společnosti Oracle Czech s.r.o., tj. u společnosti, na jejíž ochranu výhradních práv se odvolává obviněný, že veřejné zakázky s obdobným předmětem plnění jako v šetřeném případě bylo lze zadat v otevřených řízeních a dodavatelem nebyla společnost Oracle Czech s.r.o., nelze dát za pravdu argumentaci obviněného, že by byly naplněny zákonné podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Jak tedy vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí, nelze akceptovat převážně uplatněnou argumentaci obviněného, tzn. obviněný neunesl důkazní břemeno, ohledně ochrany výhradních práv společnosti Oracle Czech s.r.o. Stejně tak obviněný neunesl důkazní břemeno vzhledem k možnosti zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění z technických důvodů, když ani obviněný nijak blíže tuto ex post uplatněnou argumentaci, kromě strohého konstatování, nerozvíjí, neboť jak Úřad uvedl a odůvodnil v tomto rozhodnutí, společnost Oracle Czech s.r.o. nebyla jediným možným dodavatelem předmětu veřejné zakázky, což ostatně společnost Oracle Czech s.r.o., na niž se obviněný odvolává, Úřadu sama potvrdila. Uvedené lze tedy shrnout následovně. Podmínka pro zadání předmětné veřejné zakázky z důvodu ochrany výhradních práv není v předmětném případě naplněna, neboť jak Úřad dovedl výše, bylo možné, aby předmět šetřené veřejné zakázky plnil i jiný dodavatel, resp. přeprodeje, přičemž obviněný nepostavil najisto a Úřadu nedoložil relevantní podklady prokazující, že by tomu tak v době zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku nebylo. Stejně tak v předmětném případě není naplněna ani podmínka technické exkluzivity, neboť i zde platí, že předmět plnění mohl být dodán přeprodeji. Úřad v tomto směru ještě akcentuje, že obviněný technické důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění uvádí pouze ve svém vyjádření předcházejícímu zahájení řízení o přestupku a následně ve svém vyjádření v průběhu vedeného řízení o přestupku ze dne 25. 9. 2017, ovšem tento argument nikterak dále nerozvíjí, a tedy vzhledem k této skutečnosti nelze shledávat, že by obviněný jakkoliv unesl v tomto ohledu důkazní břemeno. S ohledem na vymezení předmětu tohoto řízení o přestupku se přitom Úřad nezabýval posouzením skutečnosti, zda mohl obviněný uspokojit své potřeby rovněž prostřednictvím služeb technické podpory jiného výrobce (např. z důvodu výměny softwarových komponent), aniž by tím byla narušena funkčnost informačních systémů, pro něž byly služby technické podpory požadovány.
82. Na tomto místě Úřad uvádí s odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013 (viz odstavec 61 odůvodnění tohoto rozhodnutí), v němž Nejvyšší správní soud uvedl, že s ohledem na skutkové okolnosti každého případu je třeba pečlivě vážit, zda je postup zadavatele, kdy tento zadává veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, ačkoli k tomu nejsou splněny zákonem stanovené podmínky, skutečně zaviněný či pouze nešikovný, že v šetřeném případě obviněný zcela rezignoval na jakoukoliv snahu vytvořit, byť jen omezené, soutěžní prostředí při pořizování následně technické podpory konkrétních softwarových produktů, na jejichž základě fungují systémy

provozované (spravované) obviněným. Úřad akcentuje, že předmětem tohoto řízení o přestupku není otázka posouzení možnosti změny softwarového řešení u obviněného, či posouzení způsobu implementace takového řešení.

83. Úřad rovněž nepřehlédl, že ve svém vyjádření ze dne 25. 9. 2017 obviněný uvádí, že pro některé informační systémy jako celek, v nichž jsou produkty společnosti Oracle Corporation zakomponovány, poptává běžně služby technické podpory v otevřenějších druzích zadávacího řízení, tj. nikoli prostřednictvím jednacích řízení bez uveřejnění (viz odstavec 17 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřadu přitom netvrdil a neprokázal, z jakého důvodu takto obviněný nepostupuje rovněž při pořizování služeb technické podpory i pro celek softwarových komponent společnosti Oracle Corporation.
84. Úřad závěrem uvádí, že použití jednacích řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možné za situace, kdy objektivně existuje pouze jediný dodavatel poptávaného plnění. Musí být tedy zároveň dána prokazatelná objektivní nemožnost ostatních (jiných) dodavatelů poskytnout zadavateli požadované plnění. Tyto skutečnosti musí být zadavatelem prokázány (a zdokumentovány) k okamžiku zahájení zadávacího řízení. V daném případě Úřad šetřením zjistil, že obviněný se stran spektra možností realizace veřejné zakázky ani řádně nezabýval, a Úřad naopak prokázal, že podmínky postupu obviněného dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona nebyly naplněny, neboť veřejnou zakázku mohl plnit i jiný dodavatel než společnost Oracle Czech s.r.o. V daném případě mohlo být plnění veřejné zakázky zajištěno nepochybně prostřednictvím přepraveckého obchodního modelu. Úřad uvádí, že obdobné možnosti plnění služeb jsou na trhu zcela běžné, a tímto způsobem by bylo dle Úřadu vytvořeno alespoň určité soutěžní prostředí a hospodářská soutěž by tak nebyla zcela vyloučena, jako tomu bylo ve zde šetřeném případě, kdy současně nelze vyloučit, že by obviněný získal výhodnější podmínky plnění.
85. Na základě všech výše uvedených skutečností a zjištění proto Úřad konstatuje, že v šetřeném případě se obviněný dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky porušil ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť obviněný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohla z technických důvodů, či z důvodu ochrany výhradních práv realizovat pouze společnost Oracle Czech s.r.o., a mohl předmětnou veřejnou zakázku zadat prostřednictvím jiného druhu zadávacího řízení umožňující soutěž dodavatelů, přičemž tento postup obviněného mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 14. 6. 2013 se společností Oracle Czech s.r.o. smlouvu na veřejnou zakázku.
86. Úřad dále uvádí, že dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti ZZVZ (tj. zákon č. 134/2016 Sb.). Úřad se proto v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod zabýval otázkou, podle jakého právního předpisu je třeba jednání obviněného posuzovat. V této souvislosti lze uvést, že jednání obviněného je přestupkem podle obou právních předpisů [§ 120 odst. 1 písm. a) zákona, § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kdy o případném naplnění znaku skutkové podstaty spočívajícím v alespoň potenciálním vlivu na výběr dodavatele nemůže být v situaci, kdy o veřejnou zakázku neproběhla žádná širší soutěž, pochyb], přičemž obviněnému by při ukládání sankce podle ZZVZ hrozila stejně vysoká pokuta [srov. ust. § 268 odst. 2 písm.

a) ZZVZ] jako podle právní úpravy aplikované v šetřeném případě. Co se týče merita vedeného správního řízení, tzn. posouzení splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, tak ani v tomto ohledu není ZZVZ právní úpravou příznivější, neboť § 63 odst. 3 ZZVZ stanovuje pro možnost využití jednacím řízení bez uveřejnění stejné podmínky, jako § 23 odst. 4 písm. a) zákona.

87. Úřad současně doplňuje, že dne 1. 7. 2017 nabyl účinnosti „nový“ zákon o přestupcích, (tj. zákon č. 250/2016 Sb.). Dle § 112 odst. 1, věty první, zákona o přestupcích přitom platí, že na přestupky a dosavadní jiné správní delikty, s výjimkou disciplinárních deliktů, se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona hledí jako na přestupky podle tohoto zákona. Obviněný se protiprávního jednání v souvislosti se zadáním šetřené veřejné zakázky dopustil v době účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. V této době, tzn. v době spáchání, bylo toto jednání správním deliktem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Vzhledem k tomu, že Úřad řízení o přestupku zahájil až po dni nabytí účinnosti zákona o přestupcích, musí být na protiprávní jednání obviněného, při zohlednění § 112 odst. 1, věty první, zákona o přestupcích nahlíženo již jako na přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. To je tedy důvodem, proč je protiprávní jednání obviněného označováno jako „přestupek“ (pro úplnost Úřad uvádí, že v tomto ohledu došlo pouze ke změně odborného názvosloví, kdy pojem „správní delikt“ byl nahrazen pojmem „přestupek“). Tatáž argumentace se pak vztahuje i k pojmu „obviněný“, kdy podle § 69 zákona o přestupcích se podezřelý z přestupku stává obviněným, jakmile vůči němu správní orgán učiní první úkon v řízení. Vzhledem ke skutečnosti, že předmětné řízení o přestupku je vedeno ve věci podezření za spáchání přestupku, je zadavatel v tomto rozhodnutí označován v souladu se zákonem o přestupcích jako obviněný (i v tomto případě se jedná pouze o změnu odborného názvosloví nemající vliv na hmotněprávní posouzení jednání obviněného, resp. zadavatele). Podle § 112 odst. 1, věty druhé, zákona o přestupcích se odpovědnost za přestupky a dosavadní jiné správní delikty, s výjimkou disciplinárních deliktů, posoudí podle dosavadních zákonů, pokud k jednání zakládajícímu odpovědnost došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona; podle tohoto zákona se posoudí jen tehdy, jestliže to je pro pachatele příznivější. Úřad uvádí, že po pečlivém posouzení případu dospěl k tomu, že zákon o přestupcích, resp. zákon o zadávání veřejných zakázek ve znění změn provedených novelou – změnovým zákonem, kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich a zákona o některých přestupcích, není z hlediska vzniku odpovědnosti obviněného za přestupek příznivější, a proto není dán v tomto ohledu důvod k jeho aplikaci. Úřad současně konstatuje, že nepřehlédl znění ustanovení § 112 odst. 2 zákona o přestupcích, jež se týká zániku odpovědnosti pachatele za spáchaný přestupek. Tomuto se Úřad nicméně bude věnovat až v části odůvodnění tohoto rozhodnutí týkající se ukládané pokuty.
88. Pokud jde o potencialitu vlivu nezákonného jednání obviněného při zadávání veřejné zakázky na výběr nejvhodnější nabídky, coby jednoho ze znaků skutkové podstaty přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, pak Úřad nad rámec shora řečeného dodává následující. Jak již uvedl předseda Úřadu ve svém rozhodnutí sp. zn. R128/2014, zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Jak rovněž konstatoval Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012 „*Pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbývá než uzavřít s tím,*

že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou (...) K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat.“ Obdobně pak v rozhodnutí sp. zn. R406/2013 předseda Úřadu konstatoval, že „v tomto kontextu je třeba poukázat na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: „(...) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.“ V rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12. 2. 2009 předseda Úřadu konstatoval, že „Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. (...) k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění.“ Je tedy zřejmé, že není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky fakticky došlo, ale postačí „pouhá“ eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7. 10. 2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že „pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení (§ 120 odst. 1 písm. a) zákona, pozn. Úřadu) (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.“ Krajský soud v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že „z dikce „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu (...) již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.“ Úřad pro úplnost dodává, že ačkoliv se shora popsané závěry příslušných soudů týkaly spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jsou tyto plně příléhavé i na šetřený případ, neboť skutková podstata protiprávního jednání podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nedoznala žádných změn, „pouze“ již s přijetím zákona o přestupcích toto nezákonné jednání zadavatele není označováno jako „správní delikt“, nýbrž jako „přestupek“.

89. S ohledem na všechny shora uvedené skutečnosti Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K argumentaci obviněného týkající se problematiky zahájení řízení o přestupcích

90. K argumentu obviněného, že Úřad postupoval nezákonně, když zahájil předmětné řízení o přestupku, ačkoli pochybnosti, na základě nichž bylo předmětné řízení o přestupku zahájeno, získal Úřad na základě podnětu, za který však nebyl v rozporu s § 259 odst. 1 ZZVZ vybrán poplatek ve výši stanovené ZZVZ, uvádí Úřad následující.
91. Obecně platí, že skutečnost, z jakého zdroje se Úřad o pochybení zadavatele dozví (podnět, informace z internetu, z médií, z tisku, na základě součinnosti orgánů státní správy) není pro zahájení řízení o přestupku a vedení takového řízení rozhodná. Činnost Úřadu je ovládána mj. principem oficiality, což znamená, že Úřad má právo a povinnost zahájit správní řízení z moci úřední, jakmile nastane konkrétní skutečnost předvídaná příslušným právním předpisem, tzn. v případě Úřadu skutečnost předvídaná zákonem o veřejných zakázkách. Toto právo a povinnost vyplývá z ustanovení § 249 zákona, dle něhož Úřad zahajuje správní řízení z moci úřední jako v této věci. K argumentu obviněného, že uvedeným postupem Úřadu došlo ke zkrácení jeho práv, neboť pokud by Úřad požadoval po oznamovateli úhradu správního poplatku, nezískal by podklady pro zahájení řízení o přestupku, a proto by předmětné řízení nebylo vůbec zahájeno, uvádí Úřad, že není pravdivý, stejně tak jako argument, že to, jak se Úřad dozvěděl skutečnosti odůvodňující zahájení správního řízení, je „zásadní“ pro posouzení, zda bylo řízení zahájeno v souladu s právním řádem, neboť Úřad získal pochybnost o postupu obviněného v šetřené věci, přičemž není podstatné, z jakého zdroje se o takových okolnostech postupu obviněného Úřad dozvěděl. Ostatně obviněný v této souvislosti netvrdí žádné porušení konkrétního procesního práva, které je ve správním řízení stanoveno k ochraně obviněného. Z toho důvodu se nejednalo o bezdůvodně zahájený přezkum postupu obviněného, nýbrž o přezkum založený na relevantních příčinách, jak ostatně vyplývá i z odůvodnění tohoto rozhodnutí. Pokud totiž Úřad shledá, že existují důvody pro zahájení správního řízení, zahajuje z moci úřední správní řízení ve smyslu § 78 odst. 2 zákona o přestupcích. Ve vztahu k právě uvedenému je příp. možno odkázat i na názor vyslovený Ústavním soudem v usnesení ze dne 8. 10. 2002 sp. zn. II. ÚS 586/02, kde uvedl, že: *„(...) lze souhlasit s názorem, že nemůže záležet na libovůli správního orgánu, zda řízení, které lze zahájit z vlastního podnětu, zahájí či nikoliv, neboť jeho činnost je ovládána mimo jiné principem oficiality, podle kterého správní orgán má právo a povinnost zahájit řízení, jakmile nastane skutečnost předvídaná zákonem, bez ohledu na to, jak ji zjistí.“*
92. Úřad může rovněž v souvislosti s výše uvedeným odkázat na pravomocné rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0116/2017/VZ-27134/2017/322/LKa ze dne 20. 9. 2017, ve kterém byla předsedou Úřadu řešena obdobná problematika, tzn. možnost zahájit Úřadem správní řízení z moci úřední (viz odstavec 37 a následující citovaného rozhodnutí vydaného v řízení, jehož jediným účastníkem byl obviněný) a postup Úřadu v tomto smyslu nebyl jakkoliv zpochybněn; ostatně nelze přehlédnout i to, že se jednalo o správní řízení téhož obviněného, byť v jiné věci, a tedy by mu závěry obsažené v citovaném rozhodnutí měly být známy.
93. V reakci na rozhovor s předsedou Úřadu, na nějž obviněný v souvislosti s výkladem ust. § 259 ZZVZ odkazuje ve svém vyjádření ze dne 25. 9. 2017 i ve vyjádření k podkladům ze dne 25. 10. 2017, Úřad uvádí, že tento je zcela v souladu s právě popsány závěry Úřadu, neboť dle § 259 odst. 4 ZZVZ platí, že nebyl-li s podáním podnětu poplatek k tomuto dni

zaplacen, podnět se nevyřizuje, nicméně rovněž platí, že pokud Úřad na základě informací z jakéhokoli zdroje shledá, že existují důvody pro zahájení správního řízení, jeho povinností je, takové správní řízení zahájit. Stejně tak se Úřad ohrazuje proti tvrzení obviněného, který ve svém vyjádření ze dne 25. 10. 2017 uvedl „Zadavatel považuje výklad § 259 ZZVZ, který v současné době Úřad aplikuje, ve smyslu vyřízením podnětu se rozumí pouhé informování odesílatele podnětu podle § 42 správního řádu, za nesmyslný a rozporný s účelem dotyčné právní normy.“, neboť Úřad, jakožto prvostupňový orgán, žádný takový výklad předmětných ustanovení, tzn. § 259 zákona ve spojení s § 42 správního řádu, který je mu obviněným podsouván, neposkytl.

94. Na základě výše uvedeného je tudíž skutečnost, zda Úřad získal pochybnosti vedoucí k zahájení předmětného řízení o přestupku na základě podnětu (u něhož byla splněna poplatková povinnost či nikoliv), popř. na základě informací získaných jiným způsobem, zcela irelevantní, neboť Úřad je s ohledem na princip oficiality oprávněn zahájit řízení o přestupku kdykoliv, kdy se dozví skutečnosti, které by svědčily o porušení zákona.

K návrhu obviněného na provedení důkazu znaleckým posudkem

95. K návrhu obviněného, aby Úřad, bude-li přes argumenty obviněného v řízení o přestupku pokračovat, ustanovil znalce za účelem posouzení otázky splnění podmínek použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť jde o důkaz, který je potřebný ke zjištění stavu věci ve smyslu § 52 správního řádu, uvádí Úřad následující.
96. Povinnost zjištění skutkového stavu věci Úřadu se s ohledem na obrácené důkazní břemeno v souvislosti s doložením podmínek opravňujících použití jednacího řízení bez uveřejnění vztahuje pouze na zjištění, zda obviněný toto důkazní břemeno unesl či nikoliv. Úřad tedy nerezignuje na svoji povinnost zjistit úplný skutkový stav věci, avšak nemůže za zadavatele povinnost ohledně doložení existence objektivních důvodů k použití jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona suplovat, přičemž v tomto smyslu odkazuje již na výše citovanou judikaturu týkající se přenesení důkazního břemene v případě zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění (např. závěry vyplývající z rozsudků Soudního dvora Evropské unie ze dne 10. 3. 1987, C-199/85 Komise Evropských společenství proti Italské republice, či z rozsudku ze dne 28. 3. 1996, C-318/94 Komise Evropských společenství proti Spolkové republice Německo, rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-385/02 ze dne 14. 9. 2004 či rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2012-160 ze dne 3. 10. 2013). Úřad má tedy v šetřeném případě povinnost posoudit, zda obviněný unesl důkazní břemeno, tedy zda prokázal naplnění důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, pročez není možné po Úřadu požadovat zajištění podkladů o oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění, zvláště pak, měl-li těmito podklady zadavatel disponovat již před zahájením zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Úřad proto předmětnému návrhu obviněného nevyhověl a navrhovaný důkaz znaleckým posudkem neprovedl, neboť je v tomto případě zcela na obviněném, aby předložil takové podklady, které by zákonnost jeho postupu v jednacím řízení bez uveřejnění potvrzovaly. Úřad v souvislosti s výše uvedeným odkazuje i na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R0067/2016/VZ-39866/2016/323/KKř ze dne 29. 9. 2016, v němž předseda Úřadu uvedl následující: „(...) Co se týče údajné rezignace Úřadu na zjišťování stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti ve smyslu § 3 správního řádu, uvádím následující. Není sporu o tom, že je správní řízení zpravidla ovládáno zásadou vyšetřovací a zásadou materiální pravdy.

Avšak skutečnost, že správní řád připouští možné výjimky z předmětné zásady, vyplývá i ze samotného znění § 3 správního řádu, kde sice je stanovena povinnost správního orgánu postupovat tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu, avšak to tehdy, nevyplývá-li ze zákona něco jiného. Proto je-li ve správním řádu výslovně zakotvena povinnost správních orgánů (potažmo tedy i Úřadu) postupovat v souladu se zásadou materiální pravdy, neznamená to, že z tohoto pravidla není přípustná výjimka, resp. že toto pravidlo nemůže být relevantním právním předpisem či judikaturou správních soudů modifikováno či oslabeno. Tak se tomu stalo i v právě posuzované věci v souvislosti s prokazováním důvodů pro oprávněné uplatnění § 23 zákona. Uvedené pak odůvodňuje potřeba omezit používání tohoto druhu zadávacího řízení na mimořádné případy, a to v zájmu zachování co nejvíce transparentní hospodářské soutěže. S odkazem na již výše prezentované mohu i tuto námitku zadavatele, spočívající v tvrzené rezignaci Úřadu na zjišťování stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti, jako nedůvodnou odmítnout.“

97. Dále Úřad odkazuje na již citovaný rozsudek Krajského v Brně č. j. 31 Af 35/2015 – 80 ze dne 28. 6. 2017, v němž soud jednoznačně konstatoval, že povinností zadavatele je jeho postup v jednacím řízení bez uveřejnění řádně a relevantním způsobem prokázat, odůvodnit a zdokladovat ještě před vlastním započítáním zadávání v takovém zadávacím řízení, přičemž doklady prokazující oprávněnost použití jednacích řízení proto musí být obsaženy v dokumentaci o veřejné zakázce a zadavatel by je měl doložit společně s dokumentací o veřejné zakázce. Takový postup, kdy zadavatel zadává veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění a teprve následně se snaží takový postup dostupnými prostředky verifikovat, popř. dokonce vyžadovat potvrzení a prokázání takových skutečností po správním orgánu, by byl zcela proti literě zákona. Na tomto místě Úřad k odkazu obviněného na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 126/2011-68 ze dne 14. 1. 2014, ve kterém se uvádí, že „(...) obviněný z přestupku není povinen se hájit, zejména není povinen uvádět na svou obhajobu jakákoliv tvrzení, ani (anebo) o nich (nebo o jiných skutečnostech) nabízet a předkládat správnímu orgánu důkazy.“ konstatuje, že obviněný bezpochyby „povinnost“ předkládat správnímu orgánu důkazy nemá, ovšem jak vyplývá z rozsudku Krajského soudu v Brně citovaného v tomto odstavci odůvodnění tohoto rozhodnutí, povinností obviněného je existenci důvodů pro použití jednacích řízení bez uveřejnění prokázat a zdokladovat již před započítáním zadávacího řízení na veřejnou zakázku a tyto podklady doložit Úřadu jako součást dokumentace o zadávacím řízení, z níž následně Úřad vychází za účelem posouzení postupu obviněného v souladu se zákonem.
98. Úřad proto předmětnému návrhu obviněného nevyhověl a navrhovaný důkaz znaleckým posudkem neprovedl, neboť jak vyplývá z výše uvedené konstantní judikatury tuzemských soudů, v tomto případě je zcela na obviněném, aby předložil takové podklady, které by zákonnost jeho postupu v jednacím řízení bez uveřejnění potvrzovaly.
99. K odkazu obviněného na správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. S0453,S0658/2016, kde Úřad ustanovil znalce k posouzení skutkového stavu, Úřad uvádí, že v odkazovaném případě nebyl znalec ustanoven z důvodu posouzení splnění podmínek pro realizaci jednacích řízení bez uveřejnění, jak v šetřeném případě navrhuje obviněný, nýbrž, jak vyplývá ze znalci položených otázek (viz odstavce 38 odůvodnění rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0453,S0658/2016/VZ-46586/2016/532/KSt ze dne 22. 11. 2016), znalec byl ustanoven

za účelem posouzení technické specifikace plnění poptávaného v rámci předmětné veřejné zakázky, kdy Úřad přezkoumával transparentnost zadávací dokumentace. V šetřeném případě ovšem obviněný navrhuje Úřadu ustanovit znalce za účelem prokázání, zda byly podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění splněny, což, jak již Úřad uvedl několikrát výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, je v šetřeném případě povinností obviněného, který měl tvrzenou skutečnost, tj. existenci důvodů pro zadávání šetřené veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, zdokladovat a postavit najisto již v době před zahájením takového zadávacího řízení.

100. V reakci na tvrzení obviněného obsažené v jeho vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 25. 10. 2017 ohledně toho, že Úřad v šetřené věci neprovedl téměř žádné dokazování, uvádí Úřad, že jak je zřejmé z odůvodnění tohoto rozhodnutí i ze správního spisu vedeného Úřadem v této věci, Úřad při posouzení postupu zadavatele v šetřené veřejné zakázce provedl zhodnocení všech podkladů předložených obviněným v dokumentaci o veřejné zakázce, vyšel i z vyjádření obviněného a provedl rovněž vlastní šetření (mj. prostřednictvím dotazování vybraného uchazeče Oracle Czech s.r.o., tj. společnosti, jejíž tvrzení se sám obviněný dovolává). Nelze tedy přisvědčit obviněnému, že by Úřad neprováděl dostatečné dokazování, a to zvláště pak v situaci, kdy v šetřeném případě bylo povinností Úřadu posoudit, zda obviněný prokázal naplnění důvodů pro použití jednacím řízení bez uveřejnění.
101. Argument obviněného, obsažený ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 25. 10. 2017, že „*Úřad si dle svého rozhodování v jiných obdobných věcech pravděpodobně není ani vědom skutečnosti, že v řízení o přestupku se musí řídit i dalšími zásadami správního trestání, např. zásadou in dubio pro reo.*“ je třeba označit za nepřiléhavý, zejm. pak odkaz obviněného na zásadu in dubio reo, kterou nelze v za těchto skutkových okolností v tomto řízení uplatnit, neboť Úřad je v daném případě schopen prokázat, a to i přes obrácené důkazní břemeno ve vztahu ke zde posuzované věci, že obviněný se dopustil porušení zákona a nejsou o tomto žádné důvodné pochybnosti, kvůli kterým by měly být naplněny důvody pro zastavení vedeného řízení.

K výroku II. tohoto rozhodnutí

102. Dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se obviněný dopustí přestupku tím, že nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
103. Jelikož obviněný při zadávání šetřené veřejné zakázky porušil ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel se společností Oracle Czech s.r.o. smlouvu na veřejnou zakázku, spáchal obviněný přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
104. Pro úplnost Úřad dodává, že jednání obviněného, jak již uvedl výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, posuzoval při zohlednění čl. 40 odst. 6 Listiny podle právní úpravy účinné v době spáchání přestupku, neboť jednání obviněného je přestupkem jak podle § 120 odst. 1

písm. a) zákona, tak i podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ a ZZVZ ani zákon o přestupcích nepředstavují v šetřené věci příznivější právní úpravu (k posouzení zániku odpovědnosti obviněného za spáchání přestupku dle přestupkového zákona podrobněji viz dále).

105. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele za správní delikty zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
106. V návaznosti na posledně citované ustanovení Úřad ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. Úřad uvádí, že ke spáchání přestupku, za nějž je ve výroku II. tohoto rozhodnutí ukládána pokuta, došlo uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku, tj. dne 14. 6. 2013, přičemž Úřad zjistil pochybnosti o zákonnosti postupu obviněného dne 16. 2. 2017 a řízení o přestupku bylo zahájeno dne 13. 9. 2017. Z uvedeného vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost obviněného za přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nezanikla, neboť Úřad zahájil řízení o přestupku před uplynutím 5 let ode dne, kdy byl přestupek spáchán, a současně do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl.
107. K uvedenému dále Úřad dodává, že z ustanovení § 112 odst. 2 zákona o přestupcích vyplývá, že ustanovení dosavadních zákonů o lhůtách pro projednání přestupku nebo jiného správního deliktu, lhůtách pro uložení pokuty za přestupek nebo jiný správní delikt a lhůtách pro zánik odpovědnosti za přestupek nebo jiný správní delikt se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona nepoužijí. Odpovědnost za přestupek a dosavadní jiný správní delikt však nezanikne dříve, než by uplynula některá ze lhůt podle věty první, pokud k jednání zakládajícímu odpovědnost došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona.
108. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.
109. Vzhledem ke skutečnosti, že je Úřad ode dne 1. 7. 2017 povinen aplikovat v řízení o přestupku zákon o přestupcích, zabýval se Úřad opětovně v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod otázkou, podle jakého právního předpisu je třeba postupovat a tedy posuzovat otázku týkající se uplynutí lhůt odpovědnosti za přestupek, tedy zda právní úprava zániku odpovědnosti za spáchání přestupku obsažená v ZZVZ a v zákoně o přestupcích neobsahuje pro obviněného příznivější úpravu, než jak je tato lhůta upravena v zákoně. Protože ani ZZVZ, ani zákon o přestupcích neobsahuje ustanovení, na základě kterých by odpovědnost obviněného za spáchání přestupku již zanikla, není pozdější právní úprava obsažená v ZZVZ a v zákoně o přestupcích pro obviněného příznivější, a proto Úřad posoudil zánik odpovědnosti za spáchání přestupku podle zákona, a na základě uvedených skutečností konstatuje, že v šetřené veřejné zakázce nedošlo k zániku odpovědnosti obviněného za spáchání přestupku.
110. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za přestupek uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.

111. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se obviněný dopustil přestupku, a za kterou může být obviněnému uložena pokuta, činí 4 875 024,67 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku 487 502,467 Kč.
112. Podle § 37 písm. a), b), c) a g) zákona o přestupcích (Úřad zde cituje pouze ta ustanovení, která jsou v daném případě pro určení druhu a výměry trestu relevantní, pozn. Úřadu) se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku, k tomu, že o některém z více přestupků, které byly spáchány jedním skutkem nebo více skutky, nebylo rozhodnuto ve společném řízení, k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem a u právnické osoby nebo podnikající fyzické osoby k povaze její činnosti.
113. Podle § 38 písm. a), b), c), d), f) a g) zákona o přestupcích je povaha a závažnost přestupku dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, významem a rozsahem následku přestupku, dále způsobem spáchání přestupku, okolnostmi spáchání přestupku, rovněž i délkou doby, po kterou trvalo protiprávní jednání pachatele nebo po kterou trval protiprávní stav udržovaný protiprávním jednáním pachatele a počtem jednotlivých dílčích útoků, které tvoří pokračování v přestupku.
114. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6. 12. 2012 vyplývá, že je-li výše uložené pokuty výsledkem správního uvážení Úřadu a rozhodnutí je vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece, je povinností Úřadu zabývat se všemi hledisky, která jsou pro posouzení výše pokuty nezbytná, nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. S požadavky soudu na řádné odůvodnění pokuty, obsaženými ve výše citovaném rozsudku, se Úřad vypořádává následujícím způsobem.
115. S ohledem na povahu spáchaného přestupku (viz odůvodnění výroku I. tohoto rozhodnutí) Úřad v souladu s Hlavou VII přestupkového zákona zohlednil při ukládání pokuty následující skutečnosti. Ke způsobu spáchání přestupku Úřad uvádí, že obviněný spáchal přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při výběru dodavatele veřejné zakázky, nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když dne 14. 6. 2013 uzavřel v rámci jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona se společností Oracle Czech s.r.o. smlouvu na veřejnou zakázku, aniž by pro daný druh zadávacím řízení byly splněny zákonné podmínky, přičemž tento postup obviněného mohl podstatně ovlivnit výběr nevhodnější nabídky.
116. Popsané jednání obviněného mělo za následek úplné vyloučení hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli, protože v důsledku nezákonného postupu obviněného došlo k zadání předmětné veřejné zakázky přímo společnosti Oracle Czech s.r.o. Jmenovaná společnost tedy nebyla v souvislosti s předmětem šetřené veřejné zakázky zadané v jednacím řízení bez uveřejnění vystavena jakékoliv konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost nabídky. Společnost Oracle Czech s.r.o. tudíž nebyla nucena při sestavování nabídky vzít v úvahu, jaké podmínky plnění by mohly obsahovat konkurenční nabídky, a jak by měla svoji nabídku této skutečnosti přizpůsobit. Z hlediska následků přestupku Úřad konstatuje, že v daném případě nelze vyloučit, že pokud

by obviněný postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mohli nabídnout výhodnější podmínky pro realizaci plnění předmětné veřejné zakázky.

117. Úřad při stanovení výše pokuty zohlednil ve prospěch obviněného skutečnost, že od spáchání přestupku uplynuly více než 4 roky, neboť jak Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 123/2013 ze dne 9. 4. 2015 judikoval: *„je-li základním požadavkem na zákonnost uložené pokuty její proporcionalita, pak hledisko doby, jež uplynula mezi spácháním správního deliktu a jeho potrestáním, je možným (a někdy nutným) korektivem při úvahách ohledně výše pokuty, k němuž má být přihlédnuto na závěr těchto úvah; aplikace tohoto korektivu má zamezit, aby výše pokuty, jinak řádně stanovena podle zákonem předepsaných kritérií a kritérií nutně aplikovatelných i bez jejich výslovného vyjádření v zákoně (kritérium přiměřenosti s ohledem na míru, ve které výše pokuty může působit pro delikventa likvidačně), celkově nejevila znaky nepřiměřenosti s ohledem na prodlevu, která nastala mezi porušením právní povinnosti a trestem, který za to byl uložen. V rámci správního trestání je totiž třeba dostatečně silně vnímat, že časový horizont toho, kdy se účastníkovi řízení (delikventovi) dostává konečného rozhodnutí ve věci, je neoddělitelnou součástí měřítek celkové spravedlnosti řízení, a že čím je tento časový horizont delší, tím více se rozostřují kontury spravedlnosti jak v očích účastníka řízení, tak i v obecném vnímání veřejnosti a veřejného mínění, což celkově oslabuje důvěryhodnost státní moci. Je nepochybné, že s prodlužujícím se okamžikem potrestání se relativizuje základní vztah mezi spáchaným deliktem a ukládanou sankcí a že doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci má i bezprostřední vliv na účel trestu, jehož má být uložením konkrétní sankce dosaženo.“* Úřad tak konstatuje, že vlivem časové prodlevy mezi spácháním přestupku a jeho potrestáním (vydáním rozhodnutí o sankci) dochází k výraznému oslabení smyslu a účelu trestu.
118. Úřad neshledal v šetřeném případě žádné další přitěžující ani polehčující okolnosti, které by ovlivnily stanovení výše udělené pokuty. Úřad ovšem konstatoval, že s přihlédnutím k následkům spáchání přestupku a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu.
119. Úřad pro úplnost uvádí, že nejsou ani dány důvody pro konstatování toho, že by obviněný za spáchaný přestupek neodpovídal z důvodu, že by vynaložil veškeré úsilí k tomu, aby porušení právní povinnosti zabránil, neboť obviněný v tomto smyslu ani neargumentoval.
120. Úřad ve vztahu ke způsobu stanovení výše uložené pokuty na tomto místě rovněž odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 6 As 245/2015 – 33 ze dne 16. 8. 2016, v němž je mimo jiné konstatováno následující: *„Podle § 35 trestního zákona se při postihu souběhu trestných činů ukládá úhrnný nebo souhrnný trest. Tyto tresty „představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu“ (viz Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: cit. dílo, str. 301). Z téhož ustanovení pak plyne zásada uložení shodného trestu za sbíhající se trestné činy bez ohledu na to, zda je o těchto činech vedeno společné řízení (§ 20 odst. 1 trestního řádu) či ne. Při ukládání úhrnného i souhrnného trestu soud vychází ze stejných zásad. Z hlediska trestního práva tedy nehraje roli, kdy všechny sbíhající se trestné činy vyjdou najevo, tato*

skutečnost nesmí být pachateli ani ku prospěchu, ani na újmu. Je zřejmé, že pro trestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, ale naopak je zcela nezbytné použití absorpční zásady, tedy vzájemné posouzení veškerých souvisejících trestních sazeb.“

121. Úřad konstatuje, že v právě projednávaném případě je přestupek obviněného uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí v souběhu s následujícími správními delikty, resp. přestupky:

- s přestupky, o nichž bylo Úřadem rozhodnuto v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0186/2017/VZ-19607/2017/553/MBu ze dne 29. 6. 2017 (citované rozhodnutí nabylo právní moci dne 20. 9. 2017), které byly spáchány dne 25. 5. 2012, dne 29. 4. 2013 a dne 16. 9. 2014, přičemž pokuta ve výši 200 000 Kč byla uložena za spáchání přestupku, kterého se obviněný dopustil dne 29. 4. 2013;
- se správním deliktem, o kterém bylo Úřadem rozhodnuto ve výroku I. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0275/2017/VZ-27845/2017/512/VZe ze dne 25. 9. 2017 (citované rozhodnutí dosud nenabylo právní moci), který byl spáchán dne 30. 1. 2014, a za nějž byla Úřadem uložena pokuta ve výši 250 000 Kč;
- s přestupky, o nichž bylo Úřadem rozhodnuto ve výrocih I. a II. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0318,S0325/2017/VZ-28607/2017/532/MOn ze dne 3. 10. 2017 (citované rozhodnutí dosud nenabylo právní moci), které byly spáchány dne 22. 3. 2013 a dne 17. 1. 2014, přičemž pokuta ve výši 820 000 Kč byla uložena za spáchání přestupku, kterého se obviněný dopustil dne 22. 3. 2013;
- s přestupkem, o němž bylo rozhodnuto ve výroku I. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0329/2017/VZ-30310/2017/531/MHo ze dne 18. 10. 2017 (citované rozhodnutí dosud nenabylo právní moci), který byl spáchán dne 30. 6. 2015, a za nějž byla Úřadem uložena pokuta ve výši 101 000 Kč;
- s přestupkem, o němž bylo rozhodnuto ve výroku I. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0340/2017/VZ-30691/2017/541/JCh ze dne 20. 10. 2017 (citované rozhodnutí dosud nenabylo právní moci), který byl spáchán dne 22. 10. 2012, a za nějž byla Úřadem uložena pokuta ve výši 405 000 Kč,
- s přestupkem, o němž bylo rozhodnuto ve výroku I. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0356/2017/VZ-31319/2017/513/IHl ze dne 25. 10. 2017 (citované rozhodnutí dosud nenabylo právní moci), který byl spáchán dne 2. 9. 2013, a za nějž byla Úřadem uložena pokuta ve výši 50 000 Kč

(veškerá pravomocná rozhodnutí a příkazy Úřadu jsou dostupné online na <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti.html>).

122. S ohledem na výše uvedené Úřad přikročil k uplatnění institutu souhrnného trestu způsobem, který se Úřadu jeví v oblasti správního práva jako jediný možný, kdy nevzniká riziko, že by se Úřad jako správní orgán dopustil nedodržení zásady legality zakotvené v článku 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod.

123. Pokud by měl Úřad uložit obviněnému pokutu za všechny uvedené delikty a nemá-li zároveň v tomto řízení o přestupku zákonné zmocnění zrušit předcházející „výroky o trestu“ (tj. výroky uvedené v odstavci 121 odůvodnění tohoto rozhodnutí), lze absorpční zásadu ve formě uplatnění pravidel pro ukládání souhrnného trestu aplikovat pouze tím způsobem,

že Úřad v rámci uložení sankce za projednávaný přestupek zohlední předchozí uložené pokuty za delikty, jež jsou s projednávaným přestupkem v souběhu, tj. pokuty uložené rozhodnutími uvedenými v odstavci 121 odůvodnění tohoto rozhodnutí za spáchání správních deliktů.

124. Úřad dále při určení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci obviněného, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“, a to konkrétně v situaci, kdy by zcela „zmařila“ ekonomickou podstatu pachatele přestupku. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. V případě organizační složky státu lze uvažovat o tom, že účinek obdobný onomu „zmaření“ ekonomické podstaty daného subjektu by měla pokuta, která by např. byla způsobilá paralyzovat činnost takové organizační složky. Z rozpočtu obviněného na rok 2017 dostupného na internetových stránkách obviněného (viz <http://www.mfcr.cz/cs/verejny-sektor/statni-rozpocet/legislativa-statniho-rozpocetu/2017/rozpocet-kapitoly-312-ministerstva-finan-27559>) vyplývá, že obviněný podle schváleného rozpočtu předpokládá v roce 2017 příjmy v objemu 4 928 731 646 Kč. Úřad rovněž přihlédl k ekonomické situaci obviněného v období spáchání správního deliktu, tj. v roce 2013, přičemž ze schváleného rozpočtu obviněného pro rok 2013 dostupného na internetových stránkách obviněného (<http://www.mfcr.cz/cs/verejny-sektor/statni-rozpocet/legislativa-statniho-rozpocetu/2013/rozpocet-kapitoly-312-ministerstva-finan-13433>) vyplývá, že příjmy obviněného pro rok 2013 byly schváleny v objemu 3 344 452 000 Kč. Vzhledem k těmto skutečnostem Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž obviněný v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační, neboť není způsobilá negativně ovlivnit působení obviněného (ve smyslu paralýzy jeho činnosti), který je organizační složkou České republiky.
125. Při posuzování výše uložené pokuty vycházel Úřad z premisy, že pokuta uložená obviněnému za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, jež nelze oddělit, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla obviněným pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. Úřad uvádí, že peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam.
126. Po zvážení všech okolností případu a při respektování absorpční zásady ve formě analogického použití institutu souhrnného trestu Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil stanovenou výši pokuty ve výši 121 000 Kč, vzhledem k okolnostem případu, jako dostačující. Uložená pokuta tak naplňuje dostatečně obě shora uvedené funkce právní odpovědnosti. Úřad dále uvádí, že výše uložené pokuty v žádném případě nedosahuje

zákonem připuštěné maximální výše, je naopak třeba konstatovat, že uložená pokuta se pohybuje při spodní hranici zákonné sazby a plní tak výrazně preventivní funkci.

127. Úřad posoudil postup obviněného ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému přestupku obviněného přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na veřejnou zakázku byla uzavřena a nápravy tak již nelze dosáhnout jinak. Z uvedených důvodů uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
128. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj – pracoviště Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO obviněného.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu, a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

Ministerstvo financí, Letenská 525/15, 118 10 Praha 1

Vypraveno dne

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy